Hantel

Europäisches Arbeitsrecht

Mit zahlreichen Beispielsfällen aus der Rechtsprechung des EuGH

Artikel 157 AEUV

(1) Jeder Mitgliedstaat stellt die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicher.

(2) Unter „Entgelt“ im Sinne dieses Artikels sind die üblichen Grund- oder Mindestlöhne und -gehälter sowie alle sonstigen Vergütungen zu verstehen, die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer unmittelbar oder mittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt. Gleichheit des Arbeitsentgelts ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bedeutet,

a) dass das Entgelt für eine gleiche nach Akkord bezahlte Arbeit aufgrund der gleichen Maßeinheit festgesetzt wird,

b) dass für eine nach Zeit bezahlte Arbeit das Entgelt bei gleichem Arbeitsplatz gleich ist.

…



Springer

Springer-Lehrbuch

Weitere Bände in dieser Reihe
http://www.springer.com/series/1183

Peter Hantel

Europäisches Arbeitsrecht

Mit zahlreichen Beispielsfällen aus der Rechtsprechung des EuGH

Springer

Peter Hantel
FB Wirtschaft, Informatik, Recht
Technische Hochschule Wildau
Wildau
Deutschland

ISSN 0937-7433
Springer-Lehrbuch
ISBN 978-3-662-46893-7 ISBN 978-3-662-46894-4 (eBook)
DOI 10.1007/978-3-662-46894-4

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Springer

Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Springer Berlin Heidelberg ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media (www.springer.com)

Vorwort

Die Europäische Union hat sich von ihren Ursprüngen als einheitlicher Binnen- und Agrarmarkt zu einer Wirtschafts-, Währungs- und auch Sozialunion entwickelt. Das Ziel der EU-Grundfreiheiten war zunächst die Absicherung unternehmerischer Aktivitäten im Bereich des Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs sowie einer EU-weiten Niederlassung. Rechte der Arbeitnehmer wurden eher im Zusammenhang mit Garantien für die unternehmerische Handlungsfreiheit berücksichtigt. So wurde im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit betont, dass Unternehmen der gesamte Arbeitsmarkt der EU als Arbeitskräftereservoir zur Verfügung steht. Auch erinnern sich nur wenige daran, dass Ziel des Entgeltgleichheitsgebots weniger der Schutz schlechter bezahlter Frauen, sondern eher der von französischen Unternehmen war. Da nach dem französischen Arbeitsrecht bereits ein Entgeltgleichheitsgebot für Männer und Frauen bestand, sollte anderen Mitgliedsstaaten der Wettbewerbsvorteil einer schlechteren Bezahlung von Frauen durch eine einheitliche EU-weite Regelung genommen werden. Erst im Zuge der Entwicklung zu einer Sozialunion bildeten sich zunehmend arbeitnehmerschützende Prinzipien und Grundlagen heraus, die dann immer größeren Einfluss auf die Arbeitsrechtsordnung der Mitgliedsstaaten hatten. Neben den genannten primärrechtlichen Regelungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Entgeltgleichheit sowie den Regelungen über Diskriminierungsverbote wurden vor allem Verordnungen und Richtlinien zur Konkretisierung der Freizügigkeit und des Gleichbehandlungsgrundsatzes sowie zum Betriebsübergang, zur Massenentlassung, zur Insolvenzsicherung, zu Arbeitszeit- und Urlaubsfragen sowie zu prekären Arbeitsverhältnissen (Teilzeit- und Befristungsbeschäftigungen) geschaffen. Ergänzende EU-rechtliche Regelungen finden sich zudem zu kollektivrechtlichen und zu kollisionsrechtlichen Sachverhalten.

Die vorgenannten Bereiche werden im vorliegenden Lehrbuch im Zusammenhang mit den besonders relevanten EuGH-Entscheidungen erläutert. In Anbetracht der Literaturresistenz des EuGH wird dabei weitgehend auf eine Auseinandersetzung mit Auffassungen des rechtswissenschaftlichen Schrifttums verzichtet. Es werden die Sachverhalte und die EuGH-Leitsätze komprimiert und lesbar wiedergegeben und die Auswirkungen auf die deutsche Rechtslage erläutert. Verordnungen und Richtlinien werden nur insoweit dargestellt und behandelt, als sie für die konkrete Entscheidung von Bedeutung sind. Am Kapitelende werden dann die jeweils relevanten Normen der Verordnungen und Richtlinien in einem Schaubild dargestellt.

Das Lehrbuch richtet sich in erster Linie an Studierende der Rechts-, Wirtschafts- und Europawissenschaften an Universitäten und Hochschulen. Aber auch Rechtsanwälten und Praktikern im Human-Ressource-Management wird mit dem vorliegenden Lehrbuch ein erster Überblick über Grundfragen und Probleme des europäischen Arbeitsrechts im Zusammenhang mit der Darstellung von insgesamt 90 für die betriebliche Praxis besonders wichtigen EuGH-Entscheidungen vermittelt.

Mein Dank gilt den engagierten und kritischen Studenten der Technischen Hochschule Wildau (FH) aus den Studiengängen Europäisches Management, Wirtschaft und Recht und Verwaltung und Recht. Die Diskussion mit ihnen hat die Entwicklung dieses Lehrbuchs erheblich befördert. Dank gilt schließlich auch meiner langjährigen Mitarbeiterin, der Notarfachwirtin Annegret Müller, die durch ihre redaktionelle Hilfe auf die Erstellung und Gestaltung dieses Werkes maßgebenden Einfluss hatte. Ferner danke ich dem Springer Verlag für die gute und effektive Zusammenarbeit bei der Erstellung dieses Lehrbuchs.

Wildau Peter Hantel

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

a. a. O.	am angegebenen Ort
ABl	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEntG	Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
AÜG	Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz)
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAT	Bundesangestelltentarif
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BEEG	Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz)
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
CEEP	Europäischer Zentralverband der öffentlichen Wirtschaft
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)

ders.	derselbe
d. h.	das heißt
EBRG	Gesetz über Europäische Betriebsräte
EG	Europäische Gemeinschaft
EGB	Europäischer Gewerkschaftsbund
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EU	Europäische Union
EuG	Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVVO	Verordnung 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuGVÜ	Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
ff.	fortfolgende
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
i. d. R.	in der Regel
i. S.	im Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
InsO	Insolvenzordnung
IPR	Internationales Privatrecht
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristen Zeitung
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
lfd.	laufend(e)
LG	Landgericht
Ltd.	private limited company by shares
MuSchG	Gesetz zum Schutz der erwerbstätigen Mutter (Mutterschutzgesetz)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungsreport
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)

RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
SGB	Sozialgesetzbuch
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften
sog.	sogenannt
StGB	Strafgesetzbuch
TVG	Tarifvertragsgesetz
TVöD	Tarifvertrag öffentlicher Dienst
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u. a.	und andere/unter anderem
Unterabs.	Unterabsatz
UNICE	Union der Industrie- und Arbeitgeberverbände Europas
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung
z. B.	zum Beispiel
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZTR	Zeitschrift für Tarif-, Arbeits- und Sozialrecht des öffentliches Dienstes

1 Europarecht und Arbeitsrecht

► • Vertrag über die Europäisches Union (EUV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. Dezember 2007[1]
• Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 2008[2]
• Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh)[3]

1.1 Grundlagen des Europäischen Arbeitsrechts

Das Europäische Arbeitsrecht stellt die Summe der arbeitsrechtlichen Regelungen dar, die die EU aufgrund der Regelungen im Lissabon-Vertrag bzw. der Vorgängerverträge erlassen hat und künftig erlassen wird. Dabei handelt es sich nicht um ein abgeschlossenes Regelungswerk sondern um ergänzende Normen zu den nationalen Arbeitsrechtsordnungen der Mitgliedsstaaten.[4] Bedeutung hat das Europäische Arbeitsrecht für das nationale Arbeitsrecht, da die EU-Rechtssetzungsakte, insbesondere EU-Verträge, Verordnungen und Richtlinien unmittelbaren bzw. mittelbaren Einfluss auf die nationale Arbeitsrechtsordnung haben. Ergänzt wird diese Bedeutung noch durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), die ebenfalls die Rechtsprechung der nationalen Gerichte in Arbeitssachen beeinflusst (vgl. hierzu unten 1.6).

[1] ABl. Nr. C 306/1.

[2] ABl. Nr. C 115 S. 47.

[3] ABl. Nr. C 303 S. 1.

[4] vgl. Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 1 Rn. 1–6; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 1 Rn. 1–4; Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, S. 6, 7.

P. Hantel, *Europäisches Arbeitsrecht,* Springer-Lehrbuch,
DOI 10.1007/978-3-662-46894-4_1

1.1.1 Ziele des Europäischen Arbeitsrechts

Die Europäische Union ist als Freihandelsgemeinschaft mit dem Ziel der Harmonisierung der wirtschaftlichen Bedingungen ihrer Mitglieder entstanden. Ihr Zweck bestand neben der Schaffung einer einheitlichen Agrarpolitik zunächst in der Schaffung eines gemeinsamen Binnenmarktes mit möglichst großer Wettbewerbsfreiheit. Erst im Zuge der Konsolidierung und Erweiterung der EU wurden Regelungen über möglichst einheitliche Sozialstandards geschaffen.[5]

Nach den nunmehr bestehenden Regelungen des Lissabon-Vertrages besteht die Zielsetzung des Europäischen Arbeitsrechts vorrangig in einer Verbesserung und Angleichung der Lebens- und Arbeitsbedingungen von Arbeitnehmern. In Art. 151 Abs. 1 Satz 2 AEUV – einer Zentralnorm der EU-Sozialpolitik – werden daher als Ziele des Unionsgesetzgebers genannt: die Förderung der Beschäftigung, die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, um dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen, ein angemessener sozialer Schutz, der soziale Dialog, die Entwicklung des Arbeitskräftepotentials im Hinblick auf ein dauerhaft hohes Beschäftigungsniveau und die Bekämpfung von Ausgrenzungen. Insoweit handelt es sich beim europäischen Arbeitsrecht – vergleichbar mit der deutschen Rechtsordnung – primär um Arbeitnehmerschutzvorschriften[6], obwohl aus der Auflistung deutlich wird, dass das Ziel auch in der Förderung und Entwicklung des Arbeitskräftepotentials im gesamtwirtschaftlichen Interesse besteht.

1.1.2 Erkenntnis- und Rechtsquellen des Europäischen Arbeitsrechts

Die arbeitsrechtliche Praxis orientiert sich bei der Auslegung des primären und sekundären EU-Rechts (vgl. hierzu 1.2 und 1.3) vorrangig an Entscheidungen des EuGH und weniger an Literatur zum EU-Arbeitsrecht.[7] Auch der EuGH begründet seine Urteile in der Regel nur unter Hinweis auf vorangegangene Entscheidungen und unter Auslassung des rechtswissenschaftlichen Schrifttums. So wird von einer weitgehenden Literaturresistenz des EuGH gesprochen.[8] Die Auslegung von Normen des EU-Arbeitsrechts konzentriert sich daher vorrangig auf eine Interpretation der einschlägigen EuGH-Entscheidungen. Diese Interpretation ersetzt in der Regel einen EU-weiten Rechtsdiskurs über die Auslegung einzelner EU-rechtlicher Normen.[9] So wird der EuGH zu Recht als Ersatzgesetzgeber der Union bezeichnet, da zu seinen Aufgaben nicht nur die Streitentscheidung, sondern auch die Rechtsfort-

[5] vgl. hierzu Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 1 Rn. 11–15; Sagan in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, Rn. 1–14.

[6] vgl. hierzu Riesenhuber a. a. O.; Thüsing a. a. O.; Fuchs/Marhold a. a. O.

[7] vgl. Rebhahn ZESAR 2008, 110; Griebeling NZA 1996, 452, 453; Reiner ZESAR 2008, 412.

[8] vgl. Reiner ZESAR 2008, 412.

[9] vgl. Rebhahn a. a. O.; ferner Reiner, ZESAR 2008, 412.

bildung und die Rechtsschöpfung gehören.[10] Der EuGH entscheide daher, was als Recht in der EU gilt.[11] Insoweit beschränkt sich die Verarbeitung des modernen Europarechts nicht nur bei arbeitsrechtlichen Sachverhalten häufig darauf, Inhalt und Folgen der vom EuGH getroffenen Ansicht zu entwickeln, ohne die Urteile selbst allzu sehr in Frage zu stellen.[12]

Es soll an dieser Stelle nicht weiter auf die Sinnhaftigkeit der bloßen Wiedergabe und Interpretation der EuGH-Entscheidungen für die Rechtswissenschaft eingegangen werden.[13] Der vorgenannte Befund unterstreicht aber die wesentliche Bedeutung von EuGH-Entscheidungen für die arbeitsrechtliche und damit betriebliche Praxis. Insoweit werden nachfolgend die wesentlichen europarechtlichen Problembereiche, wie der Arbeitnehmerbegriff, Gleichbehandlung in Lohnfragen, Diskriminierung, Massenentlassung, Insolvenzsicherungs- und Betriebsübergangsfragen, Arbeitszeitfragen, Teilzeit- und Befristungsfragen, Urlaubsfragen sowie kollektivrechtliche und kollisionsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit EuGH-Entscheidungen behandelt. Dabei wird der Sachverhalt stichwortartig zusammengefasst und die Leitsätze komprimiert wiedergegeben. An dieser Stelle wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die in diesem Buch enthaltenen Leitsätze nicht die offiziellen Leitsätze des EuGH, sondern lediglich eine sprachlich geänderte Zusammenfassung des Inhalts darstellen.

Der Einstieg in das Europäische Arbeitsrecht ist für Studierende und auch für im EU-Recht weniger kundige Juristen deshalb nicht einfach, weil die EU-Rechtssetzungsinstanzen primäres und sekundäres EU-Recht in regelmäßigen Abständen novellieren. Die Rechtsausführungen in den Entscheidungen des EuGH beziehen sich häufig auf EU-Recht, das gegenwärtig zwar dem Inhalt aber nicht mehr der Form nach besteht. Durch eine Vielzahl von Novellen haben sich die einschlägigen Fundstellen in den EU-Verträgen, in Verordnungen oder Richtlinien geändert. Der Umstand, dass diese Änderungen sowohl das primäre als auch das sekundäre EU-Recht betreffen, erschwert die Lektüre von EuGH-Entscheidungen. Daher wird in den hier dargestellten EuGH-Entscheidungen regelmäßig auch auf die aktuellen Rechtsnormen in den Leitsätzen verwiesen, so dass ein Abgleich mit der gegenwärtigen Rechtslage leichter möglich ist.

1.1.3 Begrifflichkeit des Europäischen Arbeitsrechts

Schließlich hat auch die Bezeichnung des gesamten EU-Rechts eine Änderung erfahren. Während je nach dem Stand der Integration einmal die Bezeichnung EWG-Recht bzw. EG-Recht, Gemeinschaftsrecht und schließlich Europarecht bzw. EU-

[10] vgl. Borchardt, Schriftenreihe der Europäischen Richterakademie Trier, Band 9, S. 53–56; hierzu kritisch: Griebeling NZA 1996, 452, 453.

[11] so Borchardt a. a. O.; ferner Griebeling a. a. O.; Colneric EuZA 2008, 212; Roloff in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 13 Rn. 3, 4.

[12] vgl. Rebhahn a. a. O.; Reiner a. a. O.; Griebeling a. a. O., Colneric a. a. O.

[13] vgl. Rebhahn a. a. O.; Griebling a. a. O.; Colneric a. a. O.

Recht üblich waren, ist nach Wirksamwerden des Lissabon-Vertrages – in Deutschland am 1. Dezember 2009 – die Bezeichnung Unionsrecht einschlägig. Die bisherigen materiellen Vertragsregelungen wurden vom Lissabon-Vertrag übernommen und in geänderter Form im Vertrag über die Europäische Union (EUV) und in dem geänderten Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) fortgeführt. Beide Verträgen stellen die Grundlage zur Schaffung einer Europäischen Union dar, Art. 1 Abs. 3 Satz 1 EUV. Die bisherige Bezeichnung „Europäisches Gemeinschaft" wird in den vorgenannten Verträgen durchgehend durch die Bezeichnung „Union" ersetzt. Die Union tritt an die Stelle der Europäischen Gemeinschaft, deren Nachfolgerin sie ist, Art. 1 Abs. 3 Satz 3 EUV. Die Union besitzt eine eigene Rechtsfähigkeit, Art. 47 EUV, Art. 335 AEUV. Die bisherige 3-Säulen-Struktur[14] wird durch die Schaffung einer einheitlichen Union aufgehoben.

In den dem Lissabon-Vertrag folgenden EuGH-Entscheidungen sowie in Aufsätzen und Monographien findet sich daher in aller Regel nicht mehr die Bezeichnung Gemeinschaftsrecht, EU-Recht oder Europarecht, sondern nur noch Unionsrecht. Für die nachfolgende Darstellung und Untersuchung wird auf eine einheitliche Bezeichnung verzichtet, da in einer Vielzahl von Rechtsquellen und Urteilen noch die alten Bezeichnungen EWG-Recht bzw. EG-Recht, Gemeinschaftsrecht oder EU-Recht enthalten sind. Gleichwohl soll an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass mit der unterschiedlichen Bezeichnung keine andere Rechtsmaterie gemeint ist als das langläufig bekannte Europarecht.

1.2 Primärrechtliche Grundlagen von Freizügigkeitsregelungen, Diskriminierungsverboten und Gesetzgebungskompetenzen

Wie im gesamten EU-Recht ist auch beim Europäischen Arbeitsrecht zwischen dem sog. primären und sekundären EU-Recht zu unterscheiden. Primärrecht sind – vergleichbar dem nationalen Verfassungsrecht – Regelungen, die sich unmittelbar aus den EU-Verträgen, also dem Vertrag über die Europäische Union (EUV) und dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) ergeben. Die wichtigsten primärrechtlichen EU-Regelungen betreffend das Arbeitsrecht sind die Freizügigkeit der Arbeitnehmer nach Art. 45 AEUV und der Grundsatz über gleiches Entgelt für Männer und Frauen nach Art. 157 AEUV.

[14] vgl. Herdegen, Europarecht, 16. Auflage, § 4 Rn. 1, 2 sowie § 1 Rn. 11; Hobe, Europarecht, 8. Auflage, Rn. 8; Frenz, Europarecht, Rn. 653; Schütz u. a. Casebook Europarecht, S. 17, 18; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 1 Rn. 11; Sagan in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 1 Rn. 15–17.

1.2.1 Arbeitsrechtliche Grundfreiheiten, Diskriminierungsverbote und EU-Grundrechte

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV gehört zu den EU-Grundfreiheiten. Neben dem freien Zugang zum Arbeitsmarkt anderer Mitgliedsstaaten umfasst das Arbeitnehmerfreizügigkeitsrecht umfassende Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote (vgl. Kap. 2–4). Das Freizügigkeitsrecht ist konstituierender Bestandteil des EU-Binnenmarktes nach Art. 26 AEUV und war daher bereits in den römischen Verträgen von 1957 enthalten.[15] Die Arbeitnehmerfreizügigkeit hatte als fundamentaler Grundsatz der EU vorrangig das Ziel, die Arbeitsmarktchancen der Arbeitnehmer aber auch die Wettbewerbsfreiheit der Arbeitgeber zu stärken. Letzteren sollte das Arbeitskräftepotential des gesamten Gemeinschaftsraums zur Verfügung stehen.[16] Gleichwohl hat sich die Arbeitnehmerfreizügigkeit im Laufe der Zeit zu einer wesentlichen Grundlage auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit und des Arbeitnehmerschutzes entwickelt.

Der Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher und gleichwertiger Arbeit nach Art. 157 AEUV war in seiner Grundform ebenfalls bereits im römischen EWG-Vertrag von 1957 als Art. 119 EWG-Vertrag enthalten. Auch diese Regelung ist eher wettbewerbs- bzw. wirtschaftspolitischen Ursprungs. Eine entsprechende Regelung bestand bereits im französischen Arbeitsrecht, so dass Frankreich ohne die Erstreckung auf alle Mitgliedsstaaten einen Standortnachteil im Wettbewerb befürchtete.[17] Gleichwohl hat der EuGH trotz dieser eher wettbewerbsbezogenen Sichtweise dem Verbot der Entgeltdiskriminierung wegen des Geschlechts von Anfang an einen sozialen Schutzzweck zuerkannt und hieraus grundlegende unmittelbare und mittelbare Diskriminierungsverbote hergeleitet[18] (vgl. insbesondere Kap. 5 und 6).

Zum Primärrecht gehört auch die Charta der Grundrechte der EU. Arbeitsrechtliche Regelungen finden sich hier in den Art. 27 – 32 GRCh. Durch die GRCh erkennt die Union die in ihr enthaltenen Rechte, Freiheiten und Grundsätze ausdrücklich an. Sie hat nach Art. 6 Abs. 1 EUV gleichen Rang wie die Verträge. Allerdings werden durch die GRCh die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten in keiner Weise erweitert, Art. 6 Abs. 2 EUV. Daher gilt die GRCh nach Art. 51 GRCh nur für Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Union unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitglieder ausschließlich bei der Durchführung von Unionsrecht. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind die Mitgliedsstaaten in zwei unterschiedlichen Fällen unmittelbar an die GRCh gebunden.[19] Eine Bindung

[15] vgl. Sagan in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 1 Rn. 48; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 3 Rn. 3.

[16] vgl. hierzu Sagan a. a. O.; Thüsing a. a. O.

[17] vgl. hierzu Riesenhuber a. a. O., § 8 Rn. 4; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 1 Rn. 12.

[18] vgl. Riesenhuber a. a. O.; Sagan a. a. O., § 1 Rn. 63, 64.

[19] vgl. Wachauf EuGH Slg. 1989, 2609; Carlson EuGH Slg. 2000, I-2737; LAG Düsseldorf NZA-RR 2012, 128; ferner Lenartz AnwBL 2014, 773; Calliess/Ruffert, EUV/AEUV 4. Auflage, GRCh Art. 51, Rn. 8; ferner Pötters in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 2 Rn. 8.

besteht zum einen dann, wenn Mitgliedsstaaten aufgrund von EU-Recht eine Pflicht zum Handeln auferlegt wird und zum anderen dann, wenn Mitgliedsstaaten Ausnahmen vom EU-Recht schaffen.

Ergänzend zur GRCh ist auch die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) zu nennen. Die EMRK ist Teil eines internationalen Vertrages über den Schutz der Menschenrechte, den die EU-Mitgliedsstaaten abgeschlossen haben. Bereits vor Verabschiedung der oben genannten GRCh hat der EuGH der EMRK bei der Herleitung von Grundrechte eine besondere Bedeutung zugemessen.[20] Für das Arbeitsrecht von Bedeutung ist insbesondere Art. 11 EMRK, wonach jede Person das Recht hat, zum Schutz seiner Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten. Mit Schaffung der GRCh finden die Regelungen der EMRK über die sog. Querschnittsklausel des Art. 52 Abs. 3 Satz 1 GRCh als Primärrecht Anwendung.[21]

1.2.2 Rechtssetzungskompetenzen für das Europäische Arbeitsrecht

Für das Arbeitsrecht von unmittelbarer Bedeutung sind die Regelungen über die Grundsätze einer gemeinsamen Sozialpolitik nach Art. 151 ff. AEUV.[22] Der Art. 151 AEUV bezweckt u. a. die bereits angesprochene Förderung der Beschäftigung, die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen und einen angemessenen sozialen Schutz innerhalb der EU.

Zu diesem Zweck enthält Art. 153 Abs. 1 AEUV einen weitreichenden Kompetenzkatalog für folgende Gebiete:

a. Verbesserung insbesondere der Arbeitsumwelt zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer,
b. Arbeitsbedingungen,
c. soziale Sicherheit und sozialer Schutz der Arbeitnehmer,
d. Schutz der Arbeitnehmer bei Beendigung von Arbeitsverträgen
e. Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer,
f. Vertretung und kollektive Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen, einschließlich Mitbestimmung, vorbehaltlich des Abs. 5,
g. Beschäftigungsbedingungen der Staatsangehörigen dritter Länder, die sich regelmäßig im Gebiet der Union aufhalten,
h. berufliche Eingliederung der aus dem Arbeitsmarkt ausgegrenzten Personen, unbeschadet des Art. 166,

[20] vgl. Hoechst./.Kommission EuGH Slg. 1989, 2859, 2923 (Rn. 13); ferner Pötters a. a. O. § 2 Rn. 32.

[21] vgl. Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 10 Rn. 8; Schütz u. a., Casebook Europarecht, S. 861.

[22] vgl. Sagan in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 1 Rn. 52–62.

i. Chancengleichheit von Männern und Frauen auf dem Arbeitsmarkt und Gleichbehandlung am Arbeitsplatz,
j. Bekämpfung der sozialen Abgrenzung,
k. Modernisierung der Systeme des sozialen Schutzes, unbeschadet des Buchstaben c).

Für die vorgenannten Gebiete können das Europäische Parlament und der Rat Richtlinien über Mindestvorschriften erlassen. Damit besteht nach Art. 153 Abs. 2 a u. b AEUV für das Europäische Parlament und den Rat eine mittlerweile recht weitgehende Richtlinienkompetenz für die in Abs. 1 genannten Kompetenztitel. Gleichermaßen von Bedeutung ist allerdings die Bereichsausnahme nach Art. 153 Abs. 5 AEUV. Danach gelten die Kompetenzen des Art. 153 Abs. 1 AEUV nicht für das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht und das Aussperrungsrecht.

Sodann sind spezielle Gesetzgebungskompetenzen im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit in Art. 46 u. 48 AEUV, mit dem Verbot der Entgeltdiskriminierung in Art. 157 Abs. 3 AEUV sowie mit Antidiskriminierungsmaßnahmen in Art. 19 AEUV enthalten. Schließlich enthalten außerhalb von Gesetzgebungszuständigkeiten die Art. 145 ff. AEUV Grundsätze über eine gemeinsame europäische Beschäftigungspolitik. Die wesentlichen Inhalte dieser europäischen Beschäftigungspolitik bestehen unter anderem in der Entwicklung einer koordinierten Beschäftigungsstrategie, in einer abgestimmten Beschäftigungspolitik, in Unterstützungsmaßnahmen zur Sicherung eines hohen Beschäftigungsniveaus und in der Verabschiedung von Anreizmaßnahmen zur Förderung von Beschäftigung (Art. 146–150 AEUV).

1.3 Sekundärrechtliche Regelungen in Verordnungen, Richtlinien und Rahmenvereinbarungen

Zum sekundären EU-Recht gehören nach Art. 288 Abs. 1 AEUV Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen. Für das europäische Arbeitsrecht sind vorrangig Verordnungen und Richtlinien bedeutsam.

1.3.1 Arbeitsrechtliche relevante EU-Verordnungen und Richtlinien

Da die EU-Verordnung nach Art. 288 Abs. 2 AEUV unmittelbar gegenüber den Bürgern der Einzelstaaten wirkt, wird dieses Regelungsinstrument vor dem Hintergrund des Subsidiaritätsgrundsatzes nach Art. 5 Abs. 1 EUV nur selten angewandt und ist an besonders strengere Voraussetzungen gebunden.[23] Nur dort, wo die EU sehr weitgehende Regelungskompetenz hat, wie z. B. im Bereich der Freizügigkeit

[23] vgl. Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 1 Rn. 27–29; Riesenhuber Europäisches Arbeitsrecht, § 1 Rn. 20.

(hier Freizügigkeits-Verordnung) oder im Bereich der Bestimmung von gerichtlichen Zuständigkeiten und Anerkennung von Entscheidungen (EuGVVO) oder im Bereich von Regelungen über das Kollisionsrecht (Rom I-Verordnung sowie Rom II-Verordnung), kommt unmittelbar geltendes Europarecht zur Anwendung. Dagegen lässt die Umsetzung einer Richtlinie, wie in Art. 153 Abs. 2 AEUV vorgesehen, den Mitgliedsstaaten anders als die Verordnung noch einen bestimmten Gestaltungsspielraum. Insbesondere bei der Wahl der Mittel zur Umsetzung der Richtlinien sind die Mitgliedsstaaten weitgehend frei.[24] So ist es z. B. den Mitgliedsstaaten aufgrund der Arbeitnehmerentsende-Richtlinie oder der Insolvenzschutz-Richtlinie weitgehend freigestellt, wie sie Arbeitnehmer im Falle der Entsendung oder der Insolvenz des Arbeitgebers schützen. Sie haben dabei lediglich die Vorgaben der EU-Richtlinien zu beachten[25] (vgl. Kap. 11 und 14).

Die Handlungsform der Richtlinie stellt daher kein unmittelbar geltendes Recht dar. Entsprechend dem EU-Grundsatz der Subsidiarität stellen EU-Richtlinien vielmehr Regelungsbefehle an die Mitgliedsstaaten dar, die ihren Inhalt entsprechend den Zielen und Bestimmungen innerhalb einer bestimmten Frist umsetzen müssen. Allerdings ist anerkannt, dass eine unmittelbar Geltung gegenüber den öffentlichrechtlichen Arbeitgebern bzw. gegenüber solchen Arbeitgebern, die öffentlichrechtliche Aufgaben – auch in der Rechtsform des Privatrechts – wahrnehmen, besteht.[26] Noch nicht abschließend geklärt ist, ob auch Kirchen – sofern sie als Körperschaft des öffentlichen Rechts wie in Deutschland nach Art. 137 WRV i. V. m. Art. 140 GG verfasst sind – als Staat gelten.[27]

Ob eine Richtlinie dann unmittelbar wirkt, wenn die dem Mitgliedsstaat von der EU-Instanz gesetzte Frist zur Umsetzung versäumt wurde, ist dagegen strittig. Nach der bislang vorherrschenden Meinung wird auch bei Versäumung einer solchen Umsetzungsfrist wohl eher ein sog. „Self-Executing" abgelehnt.[28] Bei einer nicht fristgerechten Umsetzung können Privatpersonen gegebenenfalls Schadenersatzansprüche gegen Mitgliedsstaaten geltend machen.[29] Sofern eine Richtlinie aber zu Gunsten des Unionsbürgers subjektive Rechte gegenüber den Mitgliedsstaaten enthält, wird im Falle der nicht fristgerechten oder mangelhaften Umsetzung der Richtlinie von einer unmittelbaren Wirkung ausgegangen.[30]

---

[24] vgl. Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 1 Rn. 29.

[25] vgl. Thüsing a. a. O.; ferner Sagan in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 1 Rn. 130–140.

[26] vgl. Foster EuGH Slg. 1990, 3313; Sozialhilfeverband Rohrbach EuGH Slg. 2005, I-4305.

[27] vgl. Reichold NZA 2001, 1054; Stotz EuZW 1998, 737; Thüsing a. a. O. § 1 Rn. 36.

[28] vgl. Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 1 Rn. 29; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 1 Rn. 72, 73.

[29] vgl. Francovich EuGH Slg. 1991, I-5357; ferner Maso EuGH Slg. 1997, I-4051; Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, S. 91; Riesenhuber a. a. O. Rn. 74, 75.

[30] vgl. van Duyn EuGH Slg. 1974, 1337; Magiera DÖV 1998, 118; Heilbronner JZ 1992, 285 sowie ferner zur Auswirkung auf das deutsche Verfassungsrecht: BVerfGE 75, 223, 235 (Kloppenburg).

In jedem Fall können aber auch die nicht unmittelbar geltenden Richtlinien, Empfehlungen und Entscheidungen nach Auffassung des EuGH zur Auslegung des maßgebenden EU-Rechts mit herangezogen werden. Insoweit besteht für nationale Gerichte eine Verpflichtung zur gemeinschaftskonformen Rechtsauslegung von EU-Recht, so dass auch Richtlinien auf diesem Wege bei der Rechtsprechung unmittelbar angewandt werden.[31] Sollte nach der nationalen Rechtsordnung ein Auslegungsspielraum verbleiben, so haben nationale Gerichte und Behörden das nationale Recht im Lichte der erlassenen aber noch nicht umgesetzten Richtlinie auszulegen. So hat der EuGH zu der Frage der Höchstarbeitszeit für Rettungsassistenten entschieden, dass nationale Gerichte auch bei Rechtsstreitigkeiten zwischen ausschließlich privaten Personen bei der Auslegung des gesamten nationalen Rechts den Wortlaut und den Zweck einer noch nicht umgesetzten Richtlinie berücksichtigen müssen.[32] Somit genießen sowohl das EU-Primär- als auch das EU-Sekundärrecht Vorrang vor dem nationalen Recht.

1.3.2 Die Rahmenvereinbarung als spezielle Handlungsform des Europäischen Arbeitsrechts

Als weitere, für das Arbeitsrecht wichtige EU-Handlungsform ist die Rahmenvereinbarung zu nennen. Die Rahmenvereinbarung stellt eine Sonderform im Bereich der gemeinsamen europäischen Beschäftigungs- und Sozialpolitik nach Art. 145, 151 AEUV dar. Die Ermächtigung zum Abschluss von Rahmenvereinbarungen zwischen den auf EU-Ebene tätigen Sozialpartnern ist in Art. 155 Abs. 1, 2 AEUV vorgesehen. Diese Handlungsform stellt zwar keinen europäischen Tarifvertrag dar, ist aber das Ergebnis eines Dialoges zwischen den Sozialpartnern auf EU-Ebene. Dabei können durch Rahmenvereinbarung die europäischen Sozialpartner (EGB-UNICE-CEEP) ganz unmittelbar das Europäische Arbeitsrecht mitgestalten.[33]

Die von den Sozialpartnern geschaffene Rahmenvereinbarung entfaltet selbst noch keine unmittelbare Wirkung. Sie wird entsprechend einem in den Art. 155, 153 AEUV genannten Verfahren dann mittels einer Richtlinie in Gemeinschaftsrecht übertragen. So besteht auf Unions-Ebene für den wichtigen Bereich der befristeten Arbeitsverträge eine Rahmenvereinbarung zu befristeten Arbeitsverträgen, die durch die Richtlinie 1999/70/EG umgesetzt wurde. Entsprechendes gilt für den Bereich von Teilzeitarbeitsverhältnissen, der aufgrund einer Rahmenvereinbarung nunmehr in der Richtlinie 97/81/EG besonders geregelt ist.

[31] vgl. Pfeiffer EuGH NZA 2004, 1145; Kücükdeveci EuGH NZA 2010, 85; BAG AP BetrVG § 87 Gesundheitsschutz Nr. 5; Thüsing a. a. O.; Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, S. 91 ff; Riesenhuber a. a. O. Rn. 72; Sagan in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 1 Rn. 142.

[32] vgl. Pfeiffer EuGH NZA 2004, 1145; ferner Thüsing a. a. O.; Schiek a. a. O.; ferner Sagan in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 1 Rn. 142 ff.

[33] vgl. Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 1 Rn. 25–27; Sagan in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 1 Rn. 71, 72.

1.4 Auswirkungen des EU-Rechts auf die nationale Arbeitsrechtsordnung

1.4.1 Verhältnis des nationalen Arbeitsrechts zum Europäischen Arbeitsrecht

Wie sich aus den vorangegangenen Ausführungen und den Regelungen über die Gesetzgebungszuständigkeit ergibt, gehören wesentliche Gebiete des Arbeitsrechts zum Kompetenzbereich des EU-Gesetzgebers. Dieser hat zum einen von den in Art. 46, 48 AEUV enthaltenen Kompetenzen zur Sicherung des Freizügigkeitsrechts (vgl. Kap. 2–4) und den Kompetenzen in Art. 157 Abs. 3 sowie Art. 19 AEUV zur Verhinderung von Diskriminierungen (vgl. Kap. 5–9) Gebrauch gemacht. Sodann wurden unter Inanspruchnahme der Kompetenztitel nach Art. 153 Abs. 1 AEUV sekundärrechtliche Regelungen dort geschaffen, wo der EU-Gesetzgeber ein besonders qualifiziertes Schutzbedürfnis für Arbeitnehmer festgestellt hat. Dies ist insbesondere bei Teilzeit- und befristet beschäftigten Arbeitnehmern, bei Leiharbeitnehmern (vgl. Kap. 10) sowie bei entsandten Arbeitnehmern (vgl. Kap. 11 und 12) der Fall. Zu nennen sind zudem Regelungen über die Arbeitszeit und das Urlaubsrecht, die als wesentliche Regelungen des Sozialrechts und des Arbeitnehmerschutzes der Union angesehen werden (vgl. Kap. 13). Schließlich hat der EU-Gesetzgeber Regelungen zur Abmilderung der Folgen von betrieblichen Umstrukturierungsmaßnahmen erlassen, die Betriebsübergänge, Massenentlassungen und Insolvenzen von Arbeitgebern betreffen (vgl. Kap. 14).

Gleichwohl verbleiben – insbesondere auch vor dem Hintergrund der Subsidiarität von EU-Recht nach Art. 5 Abs. 3 EUV – den Mitgliedsstaaten noch wesentliche Regelungsbereiche für das Arbeitsrecht. Neben den in Art. 153 Abs. 5 AEUV genannten Bereichen über das Arbeitsentgelt -mit Ausnahme von Diskriminierungstatbeständen – verbleibt im Grunde das gesamte kollektive Arbeitsrecht (Koalitionsrecht, Streikrecht, Aussperrungsrecht) nach wie vor in der Regelungszuständigkeit der Mitgliedsstaaten (vgl. aber Kap. 15 und 16). Auch Regelungen über das Individualarbeitsrecht im Zusammenhang mit dem Zustandekommen von Arbeitsverträgen, wie deren Abschluss, Wirksamkeit und Formfragen[34], verbleiben grundsätzlich beim nationalen Gesetzgeber. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitsvertrag wirksam zustande gekommen ist, wird daher nach den nationalen Zivilrechtsregelungen entschieden. Ebenso bleiben Fragen der Entstehung, Erfüllung, Übertragung, Verwirkung und Verjährung von arbeitsrechtlichen Ansprüchen einschließlich ihrer gerichtlichen Geltendmachung und des arbeitsgerichtlichen Verfahrens im Zuständigkeitsbereich der Mitgliedsstaaten.

Gleichermaßen bleibt die Zuständigkeit des nationalen Gesetzgebers für Mindestarbeitsbedingungen (mit Ausnahme der Arbeitszeit), für die inhaltliche Ausgestaltung von Arbeitsverträgen sowie deren Anfechtung erhalten. Schließlich

[34] Dies gilt trotz der Nachweis-Richtlinie 91/533/EWG. Nach Art. 6 RL 91/533/EWG werden durch die Nachweis-Richtlinie Form, Inhalt und Nachweis des Inhalts von Arbeitsverträgen nicht berührt; vgl. hierzu Kampelmann EuGH Slg. 1997, I-6907 (Kapitel 16).

fehlen auf Unionsebene auch Richtlinien oder Verordnungen, die die allgemeinen Voraussetzungen für eine arbeitgeberseitige Kündigung zum Inhalt haben.[35] Ausgenommen hiervon sind allerdings Sachverhalte, die unter die EU-Antidiskriminierungsregelungen fallen (vgl. Kap. 7–9). Auch Fragen der praktischen Durchführung von Arbeitsverhältnissen, etwa Direktions- und Weisungsrechte sowie deren Kontrolle bleiben im Zuständigkeitsbereich des nationalen Gesetzgebers. Ergänzend zu nennen wäre noch die nationale Regelungszuständigkeit für Angelegenheiten der beruflichen Bildung sowie des Jugend- und Kinderschutzes. Zudem bleibt es den Mitgliedsstaaten unbenommen, Vorschriften zum Arbeitnehmerschutz zu erlassen, die über das vom EU-Gesetzgeber vorgesehene Maß hinausgehen. Dabei sind allerdings die EU-Grundfreiheiten, insbesondere die Dienstleistungs- und die Niederlassungsfreiheit der Arbeitgeber zu beachten (vgl. unten 1.6.5).

1.4.2 Rechtsfolgen für nationales Arbeitsrecht bei einem Verstoß gegen Europäisches Arbeitsrecht

Wie oben ausgeführt genießt sowohl das EU-Primärrecht als auch das EU-Sekundärrecht Vorrang vor den nationalen Rechtsnormen. Diese Feststellung beantwortet aber noch nicht die Frage, was aus einer Verletzung dieses Vorrangprinzips folgt. Diese Frage stellt sich insbesondere für nationale Rechtsordnungen, bei denen das Verfassungsrecht die Verwerfung nationaler Gesetze einem Verfassungsgericht vorbehält, vgl. Art. 100 GG. Die Fragen der sich aus dem Vorrang des Unionsrechts ergebenden Rechtsfolgen sind in den EU-Verträgen nicht ausdrücklich geregelt.

Nach Auffassung des EuGH gilt der Vorrang des Unionsrechts uneingeschränkt und hat zur Folge, dass nationales Recht, das mit europarechtlichen Regelungen kollidiert, ohne weiteres unanwendbar ist.[36] Diese Nichtanwendung europarechtswidriger Vorschriften setzt nicht voraus, dass der EuGH einen Kollisionsfall festgestellt hat. Insoweit darf der nationale Rechtsanwender in dem zu entscheidenden Einzelfall nicht auf die europarechtswidrige nationale Norm zurückgreifen.[37] Für die nationale Rechtsordnung bedeutet dies zwar, dass die entsprechenden Normen nicht als nichtig zu betrachten sind. Diese Entscheidungskompetenz verbleibt allein bei der in der nationalen Verfassung vorgesehenen Instanz. Gleichwohl unterbleibt eine Anwendung dieser europarechtswidrigen Normen auf entsprechende Sachverhalte.

[35] vgl. Hütter ZESAR 2015, 27.

[36] vgl. Simmenthal EuGH Slg. 1978, 629; Kücükdeveci EuGH Slg. 2010, I-365; ferner Sagan in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 1 Rn. 32, 33.

[37] vgl. EuGH a. a. O.; ferner Sagan a. a. O.; Schweighart/Ott NZA-RR 2015, 4.

1.5 Prozessuale Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung

Wie einleitend schon ausgeführt, kommt in Anbetracht der Literaturresistenz und des weitgehenden Fehlens eines EU-weiten Rechtsdiskurses[38] der Rechtsprechung des EuGH und seiner Auslegung eine überragende Bedeutung zu.[39] Prozessual erfolgt die Beteiligung des EuGH in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten über das sog. Vorlageverfahren.

1.5.1 Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV

Nach Art. 267 AEUV kann der EuGH im Wege der Vorabentscheidung über die Auslegung der Verträge und über die Gültigkeit und Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union angerufen werden. Ist ein Gericht eines Mitgliedsstaates mit einem derartigen unionsrechtlichen Thema befasst, so kann es diese Frage dem EuGH zur Entscheidung vorlegen, Art. 267 Abs. 2, 3 AEUV.[40] Mithin kann der nationale Instanz-Richter beim EuGH anfragen, wenn er bei der Auslegung entscheidungserheblichen Europarechts zweifelt. Der EuGH kann daher die Vereinbarkeit deutschen Arbeitsrechts mit dem europäischen Primär- und Sekundärrecht überprüfen.[41] In der Vergangenheit haben Gerichte für Arbeitssachen in Deutschland durchaus bereitwillig das Vorabentscheidungsverfahren eingeleitet.[42] Der EuGH kann sogar zu rein inländischen Sachverhalten angerufen werden, wenn es um die Auslegung von nationalen Rechtsvorschriften geht, die aufgrund einer EU-Richtlinie erlassen wurden und die insbesondere eine Inländerungleichbehandlung vermeiden soll.[43] Bei der Überprüfung der Umsetzung von EU-Recht in nationalen Rechtsnormen geht der EuGH regelmäßig vom Grundsatz der praktischen Wirksamkeit von EU-Recht aus.[44] Nach diesem, auch Effektivitätsgebot genannten Grundsatz dürften die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen nicht leer laufen. Sie sind so anzuwenden, dass sich die Vorgaben der EU-Instanzen effektiv in der nationalen Rechtsordnung auswirken können.[45]

---

[38] vgl. Rebhahn a. a. O.; Reiner a. a. O.; Griebeling a. a. O., Colneric a. a. O.

[39] siehe Simitis DRiZ 1996, 393; Hirsch NJW 2000, 1817, 1820; Körner NZA 2001, 1053.

[40] vgl. Hirsch a. a. O.; Körner a. a. O.; ferner zur Unterscheidung zwischen vorlagepflichtigen und vorlageberechtigten Gerichten: Kücükdeveci EuGH Slg. 2010, I-365; Foto Frost EuGH Slg. 1987, 4199; ferner Roloff in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 13 Rn. 24/39.

[41] vgl. Hirsch a. a. O.; Körner a. a. O.; Schütz/Bruha/König Casebook Europarecht, S. 396, 397.

[42] vgl. hierzu Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 1 Rn. 65.

[43] vgl. Isbir EuGH NZA 2013, 1359; Franzen, EuZA 2014, 304.

[44] vgl. Vereinigtes Königreich EuGH Slg. 1994, I-2435; Huet EuGH NZA 2012, 441; Bofrost EuGH NZA 2001, 506.

[45] vgl. Franzen EuZA 2014, 310; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 1 Rn. 41, 42; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, S. 27.

1.5.2 Der EuGH als gesetzlicher Richter nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

Ein Grund dafür, dass deutsche Gerichte für Arbeitssachen häufig das Vorlageverfahren einleiten, dürfte auch darin liegen, dass der EuGH nach der Rechtsprechung des BVerfG gesetzlicher Richter im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist.[46] Sofern Gerichte für Arbeitssachen der Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV nicht nachkommen, verletzen sie nicht nur EU-Recht, sondern auch den Anspruch des Betroffenen auf seinen gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Das entsprechende Urteil kann dann mit einer Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG i. V. m. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG angegriffen werden. Somit besteht die praktische Konsequenz der Regelungen über das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV auch darin, dass der EuGH zur Auslegung einer Vielzahl nationaler arbeitsrechtlicher Sachverhalte angerufen wird, damit nicht der Anspruch auf den gesetzlichen Richter verletzt wird. Der EuGH hat sich daher aufgrund von Art. 267 AEUV in den letzten Jahren und Jahrzehnten in Arbeitsrechtssachen zunehmend zu einer zweiten höchstrichterlichen Instanz neben dem Bundesarbeitsgericht entwickelt.

1.5.3 Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV

Von nachrangiger Bedeutung für das Europäische Arbeitsrecht ist das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV. Dieses Verfahren kann die Kommission als „Hüter der Verträge“ gegen Mitgliedsstaaten einleiten, wenn nationale Regelungen mit dem Unionsrecht nicht vereinbar sind.[47] In Ausnahmefällen wird das Vertragsverletzungsverfahren für das Europäische Arbeitsrecht dann relevant, wenn nationale Regelungen zur Überwachung von Arbeitnehmerschutzvorschriften in Entsendefällen oder auch in Leiharbeitnehmerfällen mit den EU-Grundfreiheiten kollidieren können (vgl. Kap. 10 und 12).

1.6 Grundsätze der EuGH-Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des EuGH dient der EU-weiten Auslegung von Unionsrecht. Der EuGH verfolgt damit gerade im arbeitsrechtlichen Bereich eine EU-weite Rechtsentwicklung, Rechtsangleichung und auch Rechtsschöpfung.[48] Dabei hat der

[46] vgl. BVerfGE 82, 159, 192; BVerfG NZA 2010, 43; ferner Roloff in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 13 Rn. 23, 24.

[47] vgl. Barnard/Peers, European Union Law, S. 260, 261; Herdegen, Europarecht, 16. Auflage, § 9 Rn. 4; Hobe, Europarecht, 8. Auflage, Rn. 499; Frenz, Europarecht, Rn. 1228 ff; Schütz u. a. Casebook Europarecht, S. 328.

[48] vgl. Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 1 Rn. 54, 55.

EuGH allgemeine Rechtsprechungsgrundsätze entwickelt, um den oben genannten Zielen gerecht werden.[49]

1.6.1 Grundsatz der größtmöglichen Wirksamkeit des EU-Rechts

Nach der Rechtsprechung des EuGH sind die Vorschriften des Unionsrechts so auszulegen, dass sie mit Blick auf die Ziele der Union und ihre Funktionsfähigkeit die größtmögliche Wirksamkeit entfalten kann. Dieser aus dem Völkerrecht stammende Auslegungsgrundsatz des „effet utile" soll die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts sicherstellen.[50] Insbesondere, wenn die Inanspruchnahme der EU-Grundfreiheiten[51] betroffen ist, legt der EuGH den Schutzbereich sehr weit aus, damit das EU-Recht seine uneingeschränkte Wirksamkeit entfalten kann. Einschränkungen aufgrund der nationalen Rechtsordnung werden nicht akzeptiert, sofern sie keine Grundlage im EU-Recht gefunden haben.[52]

Ergänzend dazu ist der Grundsatz der autonomen Auslegung von Unionsrecht zu nennen. Das Unionsrecht stellt eine vom Recht der Mitgliedsstaaten unabhängige Rechtsordnung dar.[53] Das Unionsrecht wird daher vom EuGH autonom und einheitlich und unabhängig von den nationalen Rechtsordnungen ausgelegt und angewandt.[54] Im Unionsrecht verwendete Begriffe können daher – wie unten noch ausgeführt wird – nicht unter Rückgriff auf mitgliedsstaatliche Begriffsverständnisse interpretiert werden. Es liefe dem Zweck der größtmöglichen Wirksamkeit des EU-Rechts zuwider, wenn Mitgliedsstaaten durch nationale Begrifflichkeiten Einschränkungen vorsehen könnten.[55]

1.6.2 Grundsatz der restriktiven Auslegung von Ausnahmeregelungen

Damit im Zusammenhang steht der Rechtsprechungsgrundsatz, dass Ausnahmevorschriften von EU-Grundfreiheiten eng ausgelegt werden.[56] Mit dem „effet utile" wäre es unvereinbar, die Ausnahmevorschriften, insbesondere von der Inanspruchnahme der Grundfreiheiten, weit auszulegen. Ebenso können die Ausnahmerege-

---

[49] vgl. Colneric EuZA 2008, 215; Riesenhuber a. a. O.; Bokeloh ZESAR 2012, 126; Schütz u. a. Caselaw Europarecht, S. 450.

[50] vgl. van Duyn EuGH Slg. 1974, 1337; ferner Colneric a. a. O.; Riesenhuber a. a. O.

[51] Zu den EU-Grundfreiheiten gehören die Freizügigkeit für Unionsbürger, Art. 21 AEUV, die Arbeitnehmerfreizügigkeit, Art. 45 AEUV, die Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV, die Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 AEUV, die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 63 AEUV.

[52] vgl. Schütz a. a. O.; Bokeloh a. a. O.; Riesenhuber a. a. O.

[53] vgl. Sagan in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 1 Rn. 18 ff sowie 76.

[54] vgl. Sagan a. a. O.; ferner Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 1 Rn. 43–50.

[55] vgl. Sagan a. a. O.

[56] vgl. Petersen EuGH Slg. 2010, I-47; Rolfs NZA 2008, 555; Ulber EuZA 2014, 207, 208.

lungen nicht nach den Grundsätzen des nationalen Rechts sondern nur nach gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen ausgelegt werden.[57]

So wird z. B. der in einigen EU-Grundfreiheiten enthaltene Vorbehalt, dass Einschränkungen aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit zulässig seien, Art. 36, 52, 62, 65 AEUV, sehr eng ausgelegt. Um den EU-Grundfreiheiten eine möglichst große Wirksamkeit zu verschaffen, werden an das Vorliegen von Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sehr hohe Anforderungen gestellt.[58] Es muss tatsächlich in schwerwiegender Weise die Sicherheit eines Mitgliedsstaates bzw. seiner Bürger betroffen sein. Nur so können die EU-Grundfreiheiten unabhängig von nationalen Vorbehalten ihre größtmögliche Wirksamkeit entfalten.

1.6.3 Weite Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs

Der Rechtsprechungsgrundsatz der möglichst großen Wirksamkeit des EU-Rechts hat im Arbeitsrecht unmittelbare Auswirkungen auf die Auslegung des Arbeitnehmer-Begriffs.[59] Für eine Vielzahl von Richtlinien aber auch für die primärrechtlichen Regelungen in Art. 45 und 157 AEUV ist Voraussetzung, dass Arbeitnehmer betroffen sind bzw. dass ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Im Interesse einer einheitlichen Rechtsauslegung werden beide Begriffe nicht – wie oben dargestellt – nach dem nationalen Recht der Mitgliedsstaaten sondern einheitlich unionsrechtlich ausgelegt. Nur so kann sichergestellt werden, dass nationale Rechtsordnungen nicht durch Sonderregelungen abhängig Beschäftigten der EU-rechtliche Arbeitnehmerschutz entzogen wird.[60] Das wesentliche Merkmal eines Arbeitsverhältnisses besteht unionsrechtlich darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisungen Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.[61] Nach dieser unionsrechtlichen Vorgabe fallen auch abhängig Beschäftigte im Rahmen öffentlich-rechtlicher Sonderverhältnisse, also Beamte, Soldaten und Richter, unter den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff. Ebenso dürften leitende Angestellte und auch kirchliche Arbeitnehmer unionsrechtlich als Arbeitnehmer angesehen werden. Daher ist fraglich, ob die in der deutschen Rechtsordnung vorhandenen Ausnahmevorschriften für leitende Angestellte[62] bei

---

[57] vgl. van Duyn EuGH a. a. O.; Schütz a. a. O.; Fuchs/Marhold a. a. O.

[58] vgl. Rutili EuGH Slg. 1975, I-1219; Bonsignore EuGH Slg. 1975, 297; Adoui EuGH Slg. 1982, 1665; Fuchs/Marhold a. a. O.; Riesenhuber a. a. O.

[59] vgl. hierzu Nogler ZESAR 2009, 461.

[60] vgl. Lawrie-Blum, EuGH Slg. 1986, 2121; Kempf EuGH Slg. 1986, 1741; Bettray EuGH Slg. 1989, 1621; Danosa EuGH Slg. 2010, I-11405.

[61] vgl. Neidel EuGH NJW 2012, 2420; Riesenhuber Europäisches Arbeitsrecht, § 3 Rn. 9–12; Thüsing Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 2 Rn. 14, 15; Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, S. 28, 29.

[62] vgl. § 14 Abs. 1 KSchG, § 5 Abs. 3 BetrVG, § 18 Abs. 1 Nr. 1 AZG.

entgegenstehenden EU-Richtlinien noch zulässig wären. Gleiches gilt für Arbeitnehmer im kirchlichen Dienst.[63]

Auch dürfte es unionsrechtlich nicht darauf ankommen, ob nach den nationalen Regelungen der Mitgliedsstaaten ein Arbeitsvertrag überhaupt wirksam zustande gekommen ist. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass Regelungen über den Abschluss, die Wirksamkeit und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen – wie oben ausgeführt – in die Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten fallen.[64] Ausreichend für die Arbeitnehmereigenschaft im oben genannten Sinne ist allein, dass jemand für eine andere Person im Rahmen eines Abhängigkeitsverhältnisses Tätigkeiten nach Weisung gegen Vergütung erbringt.

Im Einzelnen hat der EuGH den Arbeitnehmerbegriff[65] unter anderem angewandt auf

- Teilzeitarbeitnehmer – Levin, EuGH Slg. 1982, 1035
- Arbeitnehmer auf Abruf (Job on Call) – V.J.M. Raulin EuGH Slg. 1992, I-1027
- kurzfristig Beschäftigte (Tätigkeit weniger als einen Monat) – Vatsouras/Koupatantze EuGH Slg. 2009, I-4585
- Studienreferendare – Lawrie-Blum, EuGH Slg. 1986, 2121 (EU-Bürger haben unter Hinweis auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit Anspruch auf Übernahme als Studienreferendare)
- Arbeitnehmer bei internationalen Organisationen – Echternach EuGH Slg. 1989, 723
- Feuerwehrbeamte – Personalrat der Feuerwehr Hamburg, EuGH C-52/04, NZA 2005, 921 (Feuerwehrbeamte als Arbeitnehmer, für die das EU-Arbeitszeitrecht anwendbar ist)
- sonstige Beamte – Kommission/Frankreich, EuGH Slg. 1986, 1724; Neidel EuGH NJW 2012, 2420
- Alleingeschäftsführerin einer juristischen Person lettischen Rechts – Danosa, EuGH NZA 2011, 143 (Mutterschutz für Alleingeschäftsführerin einer lettischen Gesellschaft)
- Richter/innen/Teilzeitrichter/innen/sog. Recorder – O`Brien, EuGH C-393/10, NZA 2012, 313 (Richter/innen haben als Arbeitnehmer Anspruch auf Teilzeitarbeit nach der EU-Richtlinie 97/81/EG)
- sozialversicherungsrechtliche DO-Angestellte – Mai, EuGH C-519/09 (sozialversicherungsrechtliche Dienstordnungs-angestellte haben Anspruch auf Mindesturlaub nach der EU-Arbeitszeit-Richtlinie)
- Profisportler – Bosman, EuGH Slg. 1995, I-4921
- Mitglieder einer kirchlichen Sekte – Steymann, EuGH Slg. 1988, I-6159
- Prostituierte – Adoui, EuGH Slg. 1982, 1665

[63] vgl. hierzu Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 6 Rn. 19; Reichold NZA 2001, 1054.

[64] vgl. Kampelmann EuGH, Slg. 1997, I-6907; ferner Art. 6 RL 91/533/EWG (Nachweis-Richtlinie).

[65] vgl. zu der weiten Auslegung des Entgeltbegriffs im Zusammenhang mit dem Verbot der Entgeltdiskriminierung: Kapitel 5.1.

Abgelehnt wurde die Arbeitnehmereigenschaft vom EuGH für solche Personen, deren Arbeit nicht als tatsächliche und echte wirtschaftliche Tätigkeit angesehen werden kann, da sie nur ein Mittel der Rehabilitation oder Wiedereingliederung in das Arbeitsleben darstellen. Dies gilt insbesondere, wenn persönliche Umstände vorliegen, aufgrund derer die Betroffenen nicht in der Lage sind, einer Beschäftigung unter normalen Bedingungen nachzugehen und diese Beschäftigung im Rahmen der sozialen Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen, die ein Arbeitsamt oder eine Gemeinde organisiert, erfolgt.[66]

1.6.4 Weite Auslegung des Entgeltbegriffs

Vergleichbar mit den vorangegangenen Ausführungen zur Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs legt der EuGH auch den Begriff des Entgelts weit aus. Hintergrund hierfür ist die primärrechtliche Regelung des Grundsatzes des gleichen Entgeltes für Männer und Frauen nach Art. 157 AEUV. Entscheidendes Tatbestandsmerkmal in dieser primärrechtlichen Regelung ist der Begriff Entgelt, unter den nach Art. 157 Abs. 2 AEUV die üblichen Grund- oder Mindestlöhne und Gehälter sowie alle sonstigen Vergütungen einschließlich Sachleistungen aufgrund eines Dienstverhältnisses fallen. Um den Schutzbereich von Art. 157 Abs. 1 AEUV möglichst weit zu fassen, wird der Entgeltbegriff nach Abs. 2 vom EuGH sehr weit ausgelegt.

So hat der EuGH im Einzelnen als Entgelt im Sinne von Art. 157 Abs. 1 und 2 AEUV anerkannt:

- Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall – Rinner-Kühn EuGH Slg. 1989, I-2743;[67]
- Entgeltfortzahlung bei Mutterschaft – Gillespie EuGH Slg. 1996, I-475; Alabaster EuGH Slg. 2004, I-3101;[68]
- Anspruch auf Weihnachtsgratifikation – Krüger EuGH Slg. 1999, I-5127
- Abfindungen/Abfertigungen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses – Graf EuGH Slg. 2000, I-493; Kommission/Belgien EuGH Slg. 1993, I-673;[69]
- Übergangsgeld bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses – Kowalska EuGH Slg. 1990, I-2591;[70]
- Überbrückungszahlungen aufgrund einer Betriebsvereinbarung bis zur Erlangung einer gesetzlichen Pension – Hlozek EuGH Slg. 2004, I-11491;[71]

[66] vgl. Bettray EuGH Slg. 1989, 1621.

[67] vgl. hierzu Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, S. 179, 180.

[68] vgl. Fuchs/Marhold a. a. O. (ohne dass sich jedoch aus Art. 157 AEUV ein Anspruch auf Mutterschaftsgeld in einer bestimmten Höhe herleiten ließe).

[69] vgl. Fuchs/Marhold a. a. O.

[70] vgl. Fuchs/Marhold a. a. O.

[71] vgl. Fuchs/Marhold a. a. O.

- Altersrente aufgrund eines durch Tarifvertrag geschaffenen betrieblichen Rentensystems – Barber EuGH Slg. 1990, I-1889; Menauer EuGH Slg. 2001, I-7275;[72]
- eine vom Arbeitgeber zu zahlende zusätzliche Entschädigung zur Arbeitslosenunterstützung – Defreyn EuGH Slg. 2000, I-6155;[73]
- die Alterspension für Staatsbedienstete – Niemi EuGH Slg. 2002, I-7007;[74]
- Beamtenpensionen – Griesmar EuGH Slg. 2001, I-9383; Mouflin EuGH Slg. 2001, I-10201;[75]
- ein Altersruhegehalt für Beamte – Schönheit u. Becker EuGH Slg. 2003, I-12575;[76]
- Aufwandsentschädigungen bei Betriebs- und Personalratsschulungen – Lewark EuGH Slg. 1996, I-243 sowie Freers und Speckmann EuGH Slg. 1996, I-1165;[77]
- Vergütung in Form bezahlter Arbeitsfreistellung für Betriebsratstätigkeit – Bötel EuGH Slg. 1992, I-3539
- vergünstigte Bahnreisen – Garland EuGH Slg. 1982, 359; Grant EuGH Slg. 1998, I-621;[78]
- der vom Dienstalter abhängige Aufstieg in eine höhere Vergütungsgruppe, – Nimz EuGH Slg. 1991, I-297;[79]
- Beihilfeleistungen für Beamte – Dittrich EuGH, NVwZ 2013, 132

1.6.5 Spannungsverhältnis zwischen Arbeitnehmerschutz und EU-Grundfreiheiten

Sowohl nach seiner Zielsetzung als auch nach seiner historischen Entwicklung ist das europäische Arbeitsrecht wie dargestellt Arbeitnehmerschutzrecht, Art. 151 Abs. 1, Art. 153 AEUV. Der Arbeitnehmer als schwächere Vertragspartei soll durch EU-einheitliche Normen geschützt werden.[80] Das weitere Ziel, durch ein europäisches Arbeitsrecht Wettbewerbsgleichheit herbeizuführen, ist nur von nachrangiger Bedeutung.[81] Im Vordergrund aller EU-Arbeitsrechtsnormen steht daher der Schutz des Arbeitnehmers als die sozial schwächere Vertragspartei. Der Arbeitnehmerschutz gerät allerdings häufig in ein Spannungsverhältnis zu anderen EU-

[72] vgl. Fuchs/Marhold a. a. O.

[73] vgl. Fuchs/Marhold a. a. O.

[74] vgl. Fuchs/Marhold a. a. O.

[75] vgl. Fuchs/Marhold a. a. O.

[76] vgl. Fuchs/Marhold a. a. O.

[77] vgl. Fuchs/Marhold a. a. O.

[78] vgl. Fuchs/Marhold a. a. O.

[79] da dieser mit einer Gehaltserhöhung gleichzusetzen ist siehe Fuchs/Marhold a. a. O.

[80] vgl. hierzu auch Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 1 Anm. 1–6; ferner Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, S. 17–20 sowie 31.

[81] vgl. Fuchs/Marhold Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, S. 8, 9; Schiek Europäisches Arbeitsrecht, S. 31.

Grundfreiheiten, insbesondere der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV[82] und auch der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV. Unter Dienstleistungen werden Leistungen verstanden, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, insbesondere gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten, Art. 57 AEUV.

Damit ist durch Art. 56 AEUV auch die Freiheit des Arbeitgebers geschützt, mit Hilfe seiner Arbeitnehmer Dienstleistungen in der gesamten Europäischen Union zu erbringen.[83] Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union sind für Angehörige der Mitgliedsstaaten grundsätzlich verboten, Art. 56 Abs. 1 AEUV. Bei dauerhafter wirtschaftlicher Integration in den Aufnahmestaat kann zudem die Niederlassungsfreiheit des Arbeitgebers bei Vorhandensein einer entsprechenden Betriebsstätte nach Art. 49 AEUV betroffen sein.[84] Insbesondere Arbeitnehmer-Schutzvorschriften im Zusammenhang mit der Entsendung von Arbeitnehmern (vgl. Kap. 11 und 12) und der Beschäftigung von Leiharbeitnehmern (vgl. Kap. 10) können mit dem Recht der Dienstleistungsfreiheit und ggf. der Niederlassungsfreiheit kollidieren.[85]

1.6.6 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Einschränkung von EU-Grundfreiheiten

Im Rahmen des dargestellten Spannungsverhältnisses zwischen Arbeitnehmerschutz und EU-Grundfreiheiten ist die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes von besonderer Bedeutung. Nach Art. 5 Abs. 4 EUV haben Organe der Union den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Dies bedeutet, dass Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinausgehen dürfen. Entsprechende Grundsätze sind bei der Einschränkung von EU-Grundfreiheiten zu beachten. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt nicht nur – wie in Art. 5 Abs. 4 EUV vorgesehen – für Organe der Union, sondern als allgemeines Rechtsstaatsprinzip auch für nationale Regelungen der Mitgliedsstaaten. Konsequenterweise verweist der EuGH regelmäßig darauf, dass bei Einschränkungen von EU-Grundfreiheiten aus Arbeitnehmerschutzgründen der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten sei.[86] Es muss bei jeder Einschränkung von EU-Grundfreiheiten durch nationale Regelungen der Mitgliedsstaaten geprüft werden, ob das eingesetzte Mittel zur Erreichung eines legitimen nationalen Ziels angemessen und erforderlich sei.[87]

[82] vgl. Körner NZA 2007, 233.

[83] vgl. Körner a. a. O.

[84] vgl. Schlachter, Casebook Europäisches Arbeitsrecht, S. 45, 46.

[85] vgl. Wank NZA 2005, Beilage 2, 88; Hantel ZESAR 2014, 261; 313.

[86] so Johnston EuGH Slg. 1986, 1631; ferner Kücükdeveci EuGH Slg. 2010, I-365; ferner Sagan in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 1 Rn. 43.

[87] vgl. Mazzoleni EuGH Slg. 2001, I-2189; Finalarte EuGH, Slg. 2001, I-7831; Rüffert EuGH Slg. 2008, I-1989.

Bei nationalen Arbeitnehmerschutzregelungen prüft der EuGH daher regelmäßig, ob diese geeignet und auch erforderlich sind, um die Arbeitnehmer zu schützen und ob diese tatsächlich auch einen Vorteil durch die die Dienstleistungsfreiheit einschränkende Regelung erlangen.[88] Insoweit nimmt der EuGH bei kollidierenden EU-Rechtsprinzipien eine Rechtsgüterabwägung unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vor.[89] Vergleichbar mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Grundrechtseingriffen und ihrer Rechtfertigung geht der EuGH auch davon aus, dass Einschränkungen von EU-Freiheiten im Lichte des Gemeinschaftsrechts und unter strenger Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auszulegen sind. Insoweit unterliegen Rechtfertigungsgründe, vergleichbar mit der Schrankendogmatik des Bundesverfassungsgerichts, ihrerseits Einschränkungen, den sog. Schranken-Schranken.[90]

1.7 Internationales Arbeitsrecht

Das europäische Arbeitsrecht ist zu unterscheiden vom internationalen Arbeitsrecht. Hierunter wird zum einen das sog. „International Labor Law" verstanden, dass seinen Ursprung in den Regelungen der internationalen Arbeitsorganisation (IAO) hat. Die IAO hat ihren Sitz in Genf und wurde 1919 gegründet. Zu ihren Aufgaben gehört die Empfehlung zur Schaffung international gültiger Arbeits- und Sozialrechtsnormen. Ergänzend zu nennen sind noch völkerrechtliche Vereinbarungen mit arbeits- und sozialrechtlichem Inhalt. Hierzu gehört insbesondere die Europäische Sozialcharta (ESC), die 1961 vom Europarat initiiert wurde. In der ESC werden eine Vielzahl von sozialen Rechten, wie das Recht auf Arbeit, die Koalitions- und Vereinigungsfreiheit[91], das Recht auf Kollektivverhandlungen und soziale Sicherheit sowie Schutzrechte für Wanderarbeiter und ihre Familien genannt. Anders als die EMRK enthält die ESC aber nicht die Möglichkeit, dass Einzelpersonen ihre Verletzung gerichtlich geltend machen können. Die ESC ist vielmehr als objektive Wertentscheidung als völkerrechtliche Verpflichtung von den Gerichten zu beachten. Die hiermit zusammenhängenden Fragen sollen an dieser Stelle nicht weiter behandelt werden.[92]

Allerdings gehört zum internationalen Arbeitsrecht das Kollisionsrecht, also diejenigen nationalstaatlichen Regelungen, die bestimmen, welche nationale Rechts-

[88] vgl. Mazzoleni a. a. O.; Finalarte a. a. O.; Rüffert a. a. O.

[89] vgl. Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 3 Rn. 69.

[90] vgl. Riesenhuber a. a. O.; sowie zum Problem der Schranken-Schranken bei Grundrechtseingriffen: BVerfGE 67, 172; 71, 214; Jarass/Pieroth, GG, 12. Auflage, Vorb. vor Art. 1 GG, Rn. 37 ff; Sodan, GG, 2. Auflage, Vorb. vor Art. 1 GG, Rn. 51 ff.

[91] vgl. insb. zur Beschränkung des Streikrechts unter Beachtung der ESC: BAGE 104, 166, 167.

[92] vgl. hierzu Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, S. 34 ff; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 11 Rn. 1–3; Hergenröder in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, Art. 9 Rn. 261, 262.

ordnung auf ein bestimmtes Arbeitsverhältnis Anwendung findet.[93] Dieser Teil des internationalen Arbeitsrechts enthält keine materiell-sachlichen Regelungen sondern nur Kollisionsnormen. Die für das Arbeitsrecht wichtigen Regelungen fanden sich zunächst in Art. 27, 30 EGBGB und sind nunmehr durch die sog. Rom-I- und Rom-II-Verordnungen abgelöst worden. Die hiermit zusammenhängenden EU-rechtlichen Probleme werden in Kap. 17 dargestellt.

[93] vgl. Schiek a. a. O.; Thüsing a. a. O.; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 1 Rn. 8–12.

2 Art. 45 AEUV als Recht auf Aufenthalt und freien Zugang zum Arbeitsmarkt anderer Mitgliedsstaaten

►
- Verordnung (EU) Nr. 492/2011 (Freizügigkeits-VO)[1] (siehe Abb. 2.1)
- Richtlinie 2004/38/EG (RL über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten)[2] (siehe Abb. 2.2)

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit gehört zu den Grundfreiheiten der EU. Sie verbietet jede unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung der Arbeitnehmer der Mitgliedsstaaten aufgrund der Staatsangehörigkeit in Bezug auf einen freien Zugang zum Arbeitsmarkt anderer Mitgliedsstaaten.

2.1 Subjektives Recht für Arbeitnehmer und auch Arbeitgeber

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit soll als Individualrecht die Arbeitnehmer vor unverhältnismäßigen mitgliedsstaatlichen Beschränkungen bei der grenzüberschreitenden Berufstätigkeit schützen. Sie gibt den Arbeitnehmern für alle Phasen der Berufsausübung – von der Arbeitssuche über die Berufstätigkeit bis zum Verbleib nach der Beendigung – einen freien Zugang zum Arbeitsmarkt aller Mitgliedsstaaten der Gemeinschaft.[3] Ökonomisches Ziel der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist die Mobilität des Produktionsfaktors Arbeit.[4]

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit entfaltet, ohne dass Umsetzungsmaßnahmen erforderlich wären, unmittelbare Wirkung in den Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten. Es handelt sich daher um ein subjektives Recht der Arbeitnehmer, das alle

[1] ABl. Nr. L 141 S. 1.

[2] ABl. Nr. L 158 S. 77, ber. ABl. Nr. L 229 S. 35.

[3] vgl. Riesenhuber a. a. O.; Schiek Europäisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, S. 195 ff.

[4] vgl. Schütz/Bruha/König, Casebook Europarecht, § 11 Anm. 1.

P. Hantel, *Europäisches Arbeitsrecht,* Springer-Lehrbuch,
DOI 10.1007/978-3-662-46894-4_2

mitgliedsstaatlichen Verwaltungen und Gerichte zu beachten haben.[5] Wie in Kapitel A schon ausgeführt, wird der Begriff Arbeitnehmer allein nach europarechtlichen Kriterien und daher sehr weit ausgelegt.[6] Allerdings entfaltet Art. 45 AEUV auch Schutzwirkungen zugunsten Dritter, insbesondere von Familienangehörigen.[7] Auf die Freizügigkeit können sich somit nicht nur die Arbeitnehmer selbst sondern auch im Zusammenhang mit der Freizügigkeits-VO deren Angehörige berufen. Die Angehörigen genießen im Rahmen der Freizügigkeitsverordnung einen vom Arbeitnehmer abgeleiteten Schutz. Schließlich kann sich auch der Arbeitgeber auf die Freizügigkeit berufen, da nach dem Willen des EU-Gesetzgebers auch dieser in den Schutzbereich der Grundfreiheit fällt.[8] So hat der EuGH auf Klage eines Arbeitgebers eine niederländische Regelung für unvereinbar mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit angesehen, nach der Arbeitsverträge mit grenzüberschreitendem Charakter zwingend in einer bestimmten Amtssprache abzufassen sind.[9]

Der freie Zugang zum Arbeitsmarkt eines anderen Mitgliedsstaates umfasst zwingend das Recht auf Einreise, Aufenthalt und Verbleib in einem anderen Mitgliedsstaat. Das Aufenthaltsrecht ist unabdingbare Voraussetzung für den Zugang eines Arbeitnehmers zum Arbeitsmarkt eines anderen Mitgliedsstaates.[10] Nach Art. 45 Abs. 2 AEUV haben die Arbeitnehmer insbesondere das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten frei aufzuhalten, sich dort frei zu bewegen und nach den geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften eine Beschäftigung auszuüben. Die ergänzenden Regelungen zur Freizügigkeit nach Art. 45 AEUV sind insbesondere in der Verordnung (EU) Nr. 492/2011, der sog. Freizügigkeits-Verordnung geregelt. Das entsprechende Aufenthaltsrecht für Familienangehörige von Arbeitnehmern ergibt sich darüber hinaus aus der Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Im Zusammenhang mit dem Aufenthaltsrecht ist die Freizügigkeit daher auch für die öffentlich-rechtlichen Aufenthaltsregelungen von Arbeitnehmern und ihren Angehörigen von Bedeutung[11] (vgl. unten 2.4)

---

[5] vgl. EuGH van Duyn, Slg. 1974, 1337.

[6] vgl. im Folgenden Lawrie-Blum EuGH Slg. 1986, 2121; Kempf EuGH Slg. 1986, 1741; Bettray EuGH Slg. 1989, 1621.

[7] vgl. Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 3 Anm. 2; Schlachter ZESAR 2011, 156.

[8] vgl. EuGH RIW 2013, S. 273; Riesenhuber a. a. O.; Schlachter a. a. O.

[9] vgl. EuGH RIW 2013, S. 372; Franzen EuZA 2014, 301.

[10] vgl. Thüsing a. a. O. Rn. 4; Riesenhuber a. a. O.; Langer NZA 2005, Beilage 2, S. 83; Wank NZA 2005, Beilage 2, S. 88.

[11] vgl. Thüsing a. a. O. § 2 Rn. 5, 6; Riesenhuber a. a. O.; Langer a. a. O.; Wank a. a. O.

2.2 Beschränkung der Freizügigkeit aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit nach Art. 45 Abs. 3 AEUV

Das Freizügigkeitsrecht steht unter dem Vorbehalt von Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit. Im Hinblick auf die nationalen Interessen der Mitgliedsstaaten ist dieser Vorbehalt im Primärrecht verankert worden. Vergleichbare Regelungen finden sich auch bei der Einschränkungsmöglichkeit anderer EU-Grundfreiheiten, Art. 36, 52, 62, 65 AEUV. Die Tatbestandsmerkmale der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit sind unionsrechtlich nicht definiert. Gleichwohl erfolgt entsprechend der in Kapitel A dargestellten Rechtsprechungsgrundsätze eine Auslegung dieser Begriffe nicht nach nationalem Recht.[12] Andernfalls hätten es die Mitgliedsstaaten in der Hand, das Freizügigkeitsrecht nach ihren Vorstellungen einzuschränken. Um dem Freizügigkeitsrecht eine möglichst große Wirksamkeit zu verschaffen, stellt der EuGH sehr hohe Anforderungen an das Vorliegen von Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit. Strafrechtliche Verurteilungen sind allein nicht ohne weiteres geeignet, die Freizügigkeit einzuschränken.[13] Art. 45 Abs. 3 AEUV wird vom EuGH als eng auszulegende Ausnahmevorschrift angesehen, die ein erhebliches persönliches Fehlverhalten des Betroffenen erfordert, das zudem mit einem entsprechenden Gefährdungspotential verbunden ist.[14] Auch Aspekten der Sittlichkeit – hier Prostitution – steht der EuGH als Rechtfertigung zur Einschränkung der Freizügigkeit eher zurückhaltend gegenüber.[15] Schon gar nicht kann der Hinweis auf wirtschaftliche Zwecke eines Mitgliedsstaates als Gründe der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit im Sinne von Art. 45 Abs. 3 AEUV angesehen werden.[16] Mithin kann aus den Entscheidungen des EuGH der Grundsatz entnommen werden, dass die Hürden für eine Einschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit sehr hoch sind und nur bei strenger Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes überhaupt in Betracht kommen kann.[17]

---

[12] vgl. u. a. Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage S. 111, 112; Riesenhuber a. a. O. § 3 Rn. 40–42.

[13] vgl. Rutili EuGH Slg. 1975, I-1219; Fuchs/Marhold a. a. O.; Riesenhuber a. a. O.

[14] vgl. Bonsignore EuGH Slg. 1975, 297; Rutili EuGH a. a. O.; denkbar wären Fälle nachweisbarer terroristischer Aktivitäten oder schwerer ansteckender Erkrankungen, z. B. Ebola-Fälle.

[15] vgl. Adoui EuGH Slg. 1992, I-1665; Fuchs/Marhold a. a. O.; Riesenhuber a. a. O.

[16] vgl. Kommission/Italien EuGH Slg. 1992, I-3401 sowie Fuchs/Marhold a. a. O., S. 61; Riesenhuber a. a. O.

[17] vgl. Fuchs/Marhold a. a. O.; Riesenhuber a. a. O.

2.3 Keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung nach Art. 45 Abs. 4 AEUV

Das Freizügigkeitsrecht findet nach Art. 45 Abs. 4 AEUV keine Anwendung für den Zugang zur öffentlichen Verwaltung.[18] Allerdings wird der Begriff der öffentlichen Verwaltung – vergleichbar mit dem Tatbestandsmerkmal der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit – ebenfalls nach unionsrechtlichen Grundsätzen und nicht nach den Vorgaben des Mitgliedsstaates ausgelegt.[19] Damit die Freizügigkeit einen möglichst weiten Anwendungsbereich hat, wird der Begriff öffentliche Verwaltung auf einen Kernbereich der staatlichen Verwaltung reduziert. Hierzu gehören ausschließlich Tätigkeiten, die mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und der Wahrung der allgemeinen Belange unmittelbar verbunden sind.[20] So können lediglich die Bereiche Militär, Polizei, Justiz, Gesetzgebung und diplomatischer Dienst vom Freizügigkeitsrecht ausgenommen und den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten werden.[21]

2.4 Ergänzende Regelungen in der Freizügigkeits-VO sowie in Richtlinie 2004/38/EG

Die primärrechtlichen Regelungen in Art. 45 AEUV werden ergänzt durch die Freizügigkeits-VO Nr. 492/2011. In der vorgenannten auf Art. 46 AEUV basierenden Verordnung werden Detailfragen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, Art. 1 ff., hinsichtlich der Ausübung der Beschäftigung und der Gleichbehandlung, Art. 7 ff., sowie der Rechte für Familienangehörige der Arbeitnehmer, Art. 10, geregelt. Einzelheiten über den Zugang zum Arbeitsmarkt aller Mitgliedsstaaten sind in Art. 1 und 2 der Freizügigkeits-VO enthalten. Nach Art. 1 ist jeder Staatsangehörige eines Mitgliedsstaates ungeachtet seines Wohnortes berechtigt, seine Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaates aufzunehmen und auszuüben. Zudem kann nach Art. 2 jeder Staatsangehörige eines Mitgliedsstaates und jeder Arbeitgeber, der eine Tätigkeit im Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaates ausübt, ihre Stellenangebote und Arbeitsgesuche austauschen sowie Arbeitsverträge ohne Diskriminierung abschließen und auch erfüllen. Zudem erhält ein Staatsangehöriger eines Mitgliedsstaates nach Art. 5 der Freizügigkeits-VO in einem anderen Mitgliedsstaat die gleiche Hilfe von Arbeitsämtern, wie sie den eigenen Staatsangehörigen gewährt wird. Darüber hinaus enthält die Freizügigkeits-VO Regelungen über die Zusammenarbeit der Mitgliedsstaaten im Bereich der Freizügigkeit und Beschäftigung von Arbeitnehmern.

Von der Freizügigkeits-VO zu unterscheiden sind die aufenthaltsrechtlichen Regelungen in Richtlinie 2004/38/EG. Die dort vorgesehenen Regelungen knüpfen

[18] vgl. Langer NZA 2005, Beilage 2, 83; Thüsing a. a. O. Rn. 17.

[19] vgl. Kommission/Belgien EuGH Slg. 1982, 1845; Riesenhuber a. a. O. Rn. 22–24.

[20] vgl. EuGH a. a. O.; Langer a. a. O.; Thüsing a. a. O. Rn. 17.

[21] vgl. Langer a. a. O.; Thüsing a. a. O. Rn. 17.

nicht an die Arbeitnehmerfreizügigkeit, sondern an die Freizügigkeit von Unionsbürgern nach Art. 21 AEUV an. Die Richtlinie 2004/38/EG wird daher zum Teil auch Unionsbürger-Richtlinie genannt. Das Recht zur Einreise ist in Art. 5 und das Recht zum Aufenthalt in Art. 6 und 16 RL 2004/38/EG enthalten. Die in dieser Richtlinie enthaltenen Regelungen betreffen vorrangig das Recht auf Aus- und Einreise sowie das Aufenthaltsrecht von Unionsbürgern, so dass diese Regelungen nicht vorrangig Arbeits- und Erwerbstätigkeit betreffen, so dass auf weitere Ausführungen im Zusammenhang mit dem Europäischen Arbeitsrecht verzichtet werden kann.

2.5 Praktische Fallbeispiele

Die nachfolgenden Entscheidungen enthalten zunächst Beispiele für die weite Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs[22] sowie die enge Auslegung der Begriffe öffentliche Sicherheit, Ordnung und Gesundheit[23] und des Begriffs der öffentlichen Verwaltung.[24] Damit zusammenhängend werden Fragen des Zugangs zum ausländischen Arbeitsmarkt[25] und zum Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen[26] behandelt.

2.5.1 Fall Lawrie-Blum EuGH Slg. 1986, 2121[27]

Die britische Staatsangehörige L – die mit einem Deutschen verheiratet war – hat in Freiburg Russisch und Anglistik studiert und das Studium erfolgreich abgeschlossen. Sie beantragt nunmehr die Zulassung zum Vorbereitungsdienst für das Lehramt an deutschen Schulen. Das deutsche Oberschulamt lehnt die Übernahme von L mit der Begründung ab, der pädagogische Vorbereitungsdienst setze ein Beamtenverhältnis voraus, was nur durch Deutsche im Sinne von Art. 116 GG begründet werden kann. Auch könne sich L nicht auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen, da es um die Begründung eines Beamtenverhältnisses geht. Nachdem L wegen Nichtübernahme in den pädagogischen Vorbereitungsdienst um Rechtsschutz bei den Verwaltungsgerichten nachsuchte, legte das Bundesverwaltungsgericht dem EuGH den Fall zur Vorabentscheidung der Frage vor, ob die Freizügigkeitsregelungen den Staatsangehörigen eines Mitgliedsstaates das Recht einräumen, in einem anderen Mitgliedsstaat unter gleichen Bedingungen wie ein Inländer zum staatlichen Vorbereitungsdienst für ein Lehramt zugelassen zu werden.

[22] vgl. Lawrie-Blum EuGH Slg. 1986, 2121; Bettray EuGH Slg. 1989, 1621; Kempf EuGH Slg. 1986, 1741.

[23] vgl. Bonsignore EuGH Slg. 1975, 297.

[24] vgl. Lawrie-Blum EuGH Slg. 1986, 2121.

[25] vgl. Heylens EuGH Slg. 1987, 4097; Lawrie-Blum EuGH Slg. 1986, 2121.

[26] vgl. Diatta EuGH Slg. 1985, 567; Bonsignore EuGH Slg. 1975, 297.

[27] siehe auch NJW 1987, 1138; NVwZ 1987, 41.

Der EuGH geht zunächst davon aus, dass auch Studienreferendare als Arbeitnehmer im Sinne des EU-Rechts anzusehen seien, da sie der Weisung und der Aufsicht der Schule unterliegen, eine Vergütung erhalten und Dienstleistungen von wirtschaftlichem Wert erbringen. Zudem kann der Vorbereitungsdienst für ein Lehramt nicht als Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung angesehen werden, zu der die Zulassung den Staatsangehörigen der anderen Mitgliedsstaaten verweigert werden kann. Insoweit ist das Land Baden-Württemberg verpflichtet, L die weitere Ausbildung zu ermöglichen.

Die wichtigsten Leitsätze:

1. Da die Freizügigkeit der Arbeitnehmer eines der Grundprinzipien der Gemeinschaft ist, kann der Begriff des Arbeitnehmers im Sinne von Art. 48 (nunmehr Art. 45 AEUV) nicht je nach dem nationalen Recht unterschiedlich ausgelegt werden, sondern er hat eine gemeinschaftsrechtliche Bedeutung. Der gemeinschaftsrechtliche Begriff des Arbeitnehmers ist, da er den Anwendungsbereich dieser Grundfreiheit festlegt, weit auszulegen. (Rn. 16)
2. Dieser Begriff ist anhand objektiver Kriterien zu definieren, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der betroffenen Personen kennzeichnen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht aber darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält. (Rn. 17)
3. Der Studienreferendar untersteht während der gesamten Dauer des Vorbereitungsdienstes der Weisung und der Aufsicht der Schule, der er zugewiesen ist, die ihm die zu erbringenden Leistungen und die Arbeitszeiten vorschreibt, deren Anweisungen er auszuführen und deren Vorschriften er einzuhalten hat. Während eines wesentlichen Teils des Vorbereitungsdienstes hat er den Schülern Unterricht zu erteilen und erbringt damit zugunsten der Schule Dienstleistungen, die einen gewissen wirtschaftlichen Wert haben. Die Beträge, die er erhält, können als Vergütung angesehen werden, die eine Gegenleistung für die erbrachten Dienstleistungen und die Verpflichtungen, die die Ableistung des Vorbereitungsdienstes für ihn mit sich bringt, darstellt. Somit ist festzustellen, dass die drei Kriterien für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses im vorliegenden Fall erfüllt sind. (Rn. 18)
4. Der Umstand, dass der pädagogische Vorbereitungsdienst, ebenso wie die Lehrzeiten bei anderen Berufen, als eine mit der eigentlichen Ausübung des Berufes verbundene praktische Vorbereitung angesehen werden kann, verhindert die Anwendung des Art. 48 Abs. 1 (nunmehr Art. 45 AEUV) nicht, wenn dieser Dienst unter den Bedingungen einer Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis abgeleistet wird. (Rn. 19)
5. Es lässt sich auch nicht einwenden, die im Rahmen des Schulwesens erbrachten Leistungen fielen nicht in den Geltungsbereich der EU-Verträge, da sie nicht wirtschaftlicher Natur seien. Für die Anwendung des Art. 48 (nunmehr Art. 45 AEUV) ist nämlich nur erforderlich, dass die Tätigkeit den Charak-

ter einer entgeltlichen Arbeitsleistung hat, unabhängig davon, in welchem Bereich sie erbracht wird. (Rn. 20)

6. Der Begriff der öffentlichen Verwaltung nach Art. 48 Abs. 4 (nunmehr Art. 45 Abs. 4 AEUV) ist als Ausnahme vom Grundprinzip der Freizügigkeit und der Nichtdiskriminierung der Arbeitnehmer in der Gemeinschaft so auszulegen, dass sich seine Tragweite auf das beschränkt, was zur Wahrung der Interessen, die diese Bestimmung den Mitgliedsstaaten zu schützen erlaubt, unbedingt erforderlich ist. Der Zugang zu Stellen kann deshalb nicht eingeschränkt werden, weil in einem bestimmten Mitgliedsstaat die Personen, die diese Stellen annehmen können, in das Beamtenverhältnis berufen werden. Würde man nämlich die Anwendung des Art. 48 Abs. 4 (nunmehr Art. 45 Abs. 4 AEUV) von der Rechtsnatur des Verhältnisses zwischen dem Arbeitnehmer und der Verwaltung abhängig machen, so gäbe man damit den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit, nach Belieben die Stellen zu bestimmen, die unter diese Ausnahmebestimmung fallen. (Rn. 26)
7. Unter Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung sind daher nur diejenigen Stellen zu verstehen, die eine unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und an der Wahrnehmung solcher Aufgaben mit sich bringen, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet sind und die deshalb ein Verhältnis besonderer Verbundenheit der jeweiligen Stelleninhaber zum Staat sowie die Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten voraussetzen, die dem Staatsangehörigkeitsband zu Grunde liegen. (Rn. 27)
8. Ausgenommen sind daher nur die Stellen, die in Anbetracht der mit ihnen verbundenen Aufgaben und Verantwortlichkeiten die Merkmale der spezifischen Tätigkeit der Verwaltung auf den genannten Gebieten aufweisen können. Diese sehr engen Voraussetzungen sind im Falle des Studienreferendars nicht erfüllt. (Rn. 27, 28)

2.5.2 Fall Heylens EuGH Slg. 1987, 4097[28]

H ist belgischer Staatsangehöriger und Inhaber eines belgischen Fußballtrainerdiploms. Er wurde vom französischen Fußballclub Lille Olympique Sporting Club als Fußballtrainer eingestellt. Sein Antrag auf Anerkennung der Gleichwertigkeit des belgischen Diploms wurde unter Bezug auf die negative Entscheidung eines besonderen, für die Anerkennung zuständigen Ausschusses abgelehnt. Die Ablehnung war nicht mit Gründen versehen. Da H jedoch weiterhin als Trainer arbeitete, wurde er vor einem französischen Strafgericht wegen unbefugten Führens eines Titels angeklagt. Das Gericht legte dem EuGH die Frage vor, ob das französische Anerkennungsverfahren, das keine Begründung der Entscheidung und keinen Rechtsbehelf vorsehe, mit dem sich aus der Freizügigkeit ergebenden Recht des freien Zugangs

[28] siehe auch NJW 1989, 657.

zu einer nicht selbständigen Berufstätigkeit in einem anderen Mitgliedsstaat vereinbar sei.

Der EuGH führt zunächst aus, dass das Erfordernis der Vorlage berufsqualifizierenden Bescheinigungen aus sachlichen Gründen gerechtfertigt sein könne, solange es keine Anerkennungsrichtlinien für den betreffenden Beruf gibt, um die für einen Beruf bestimmten erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten nach zu weisen. Allerdings ist nach Auffassung des EuGH erforderlich, dass der jeweilige Mitgliedsstaat ein objektives Anerkennungsverfahren zur Feststellung der Gleichwertigkeit ausländischer Nachweise vorsieht und dem Betroffenen zur Durchsetzung seiner Rechte in diesem Verfahren eine effektive Rechtsschutzmöglichkeit zur Verfügung steht. Da dies vorliegend nicht der Fall war, wurde H in seinem Recht auf Freizügigkeit nach Art. 45 AEUV verletzt.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Da die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu den grundlegenden Zielen des EWG-Vertrags gehört, obliegt es den Mitgliedsstaaten, alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus dem Vertrag ergeben, zu treffen und alle Maßnahmen zu unterlassen, die die Verwirklichung der Ziele des Vertrags gefährden könnten. (Rn. 12)
2. Das Verfahren zur Anerkennung der Gleichwertigkeit muss die objektive Feststellung ermöglichen, dass ein ausländisches Diplom seinem Inhaber die gleichen Kenntnisse und Fähigkeiten wie das innerstaatliche Diplom oder diesem zumindest gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten bescheinigt. Diese Beurteilung der Gleichwertigkeit eines ausländischen Diploms muss ausschließlich danach erfolgen, welches Maß an Kenntnissen und Fähigkeiten dieses Diplom unter Berücksichtigung von Art und Dauer des Studiums und der praktischen Ausbildung, deren Abschluss es bescheinigt, bei seinem Besitzer vermuten lässt. (Rn. 13)
3. Der freie Zugang zur Beschäftigung ist ein Grundrecht, das jedem Arbeitnehmer der Gemeinschaft individuell vom Vertrag verliehen ist; die Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes hängt wesentlich davon ab, dass Entscheidungen einer innerstaatlichen Behörde, durch die die Gewährung dieses Rechts verweigert wird, vor Gericht angefochten werden können. (Rn. 14)
4. Die Wirksamkeit der gerichtlichen Kontrolle, die sich auf die Rechtmäßigkeit der Begründung der angefochtenen Entscheidung erstrecken können muss, setzt voraus, dass das angerufene Gericht von der zuständigen Behörde die Mitteilung dieser Begründung verlangen kann. Geht es jedoch wie im vorliegenden Fall um die Gewährleistung des effektiven Schutzes eines Grundrechts, das den Arbeitnehmern der Gemeinschaft vom Vertrag verliehen ist, müssen letztere dieses Recht auch unter den bestmöglichen Voraussetzungen geltend machen können, und es ist ihnen die Möglichkeit einzuräumen, in

Kenntnis aller Umstände zu entscheiden, ob es für sie von Nutzen ist, vor Gericht zu gehen. (Rn. 15)

5. Sofern der von Art. 45 AEUV geschützte Zugang zu einer Berufstätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis vom Besitz eines innerstaatlichen Diploms oder eines als gleichwertig anerkannten ausländischen Diploms abhängt, ist die zuständige innerstaatliche Behörde verpflichtet, die Gründe, auf die ihre ablehnende Entscheidung gestützt ist, entweder in der Entscheidung selbst oder auf Antrag später bekanntzugeben. (Rn. 15)

2.5.3 Fall Kempf EuGH Slg. 1986, 1741

Der deutsche Staatsangehörige K ist in den Niederlanden an einer Musikschule in Teilzeit beschäftigt. Da dieser Verdienst zum Bestreiten seines Lebensunterhaltes nicht ausreicht, gewährte ihm der niederländische Staat Unterstützung nach dem „Gesetz zur Regelung staatlicher Leistungen für Arbeitslose". K stellt einen Antrag auf Verlängerung seiner Aufenthaltserlaubnis, die ihm versagt wird, da er Sozialleistungen in den Niederlanden in Anspruch genommen habe und daher seinen eigenen Lebensunterhalt nicht durch eigene Tätigkeit erwirtschaften könne. Nach Auffassung der zuständigen Behörde sei K daher kein durch das EU-Recht begünstigter Bürger. Nachdem K vor dem zuständigen niederländischen Raad van State wegen der Nichtverlängerung der Aufenthaltsgenehmigung geklagt hatte, legte das Gericht dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die Inanspruchnahme von finanzieller Unterstützung aus öffentlichen Mitteln der Freizügigkeit eines Arbeitnehmers entgegengehalten werden könne.

Nach Auffassung des EuGH kommt es für den Schutz der Freizügigkeit nicht darauf an, ob die ergänzenden Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhaltes aus dem Vermögen oder der Arbeit eines Familienmitgliedes der Betroffenen herrühren oder auf einer aus öffentlichen Mitteln des Wohnort-Mitgliedsstaates bezahlten finanziellen Unterstützung beruhen. Unter Verweis auf die Entscheidung Levin[29] verweist der EuGH darauf, dass allein entscheidend sei, ob es sich um eine echte und tatsächliche Arbeitnehmertätigkeit handele.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Unter die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer fällt auch ein Angehöriger eines Mitgliedstaats, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats eine Tätigkeit im Lohn- und Gehaltsverhältnis ausübt, mit der er weniger verdient, als im letztgenannten Staat als Existenzminimum angesehen wird. Dabei kommt es nicht darauf an, ob er die Einkünfte aus seiner Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis durch andere Einkünfte bis zu diesem Minimum ergänzt oder sich mit Existenzgrundlagen

[29] vgl. Levin EuGH Slg. 1982, 1035.

begnügt. Voraussetzung ist jedoch, dass er tatsächlich eine echte Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis ausübt. (Rn. 9)
2. Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gehört zu den Grundlagen der Gemeinschaft. Die Vorschriften, in denen diese Grundfreiheit verankert ist, und vor allem die Begriffe „Arbeitnehmer" und „Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis", durch die der Geltungsbereich dieser Vorschriften festgelegt wird, sind daher weit, die Ausnahmen und Abweichungen vom Grundsatz der Freizügigkeit der Arbeitnehmer dagegen eng auszulegen. (Rn. 13)
3. Infolgedessen sind die diesbezüglichen Bestimmungen dahin zu verstehen, dass jemand, der eine tatsächliche und echte Teilzeitbeschäftigung ausübt, vom Geltungsbereich dieser Bestimmungen nicht allein deswegen ausgeschlossen werden kann, weil er die unter dem Existenzminimum liegenden Einkünfte aus dieser Tätigkeit durch andere zulässige Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts zu ergänzen sucht. (Rn. 14)
4. In diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, ob die ergänzenden Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts aus dem Vermögen oder der Arbeit eines Familienmitglieds des Betroffenen herrühren oder ob sie – wie im vorliegenden Fall – auf einer aus öffentlichen Mitteln des Wohnortmitgliedstaats gezahlten finanziellen Unterstützung beruhen, sofern feststeht, dass es sich um eine echte und tatsächliche Arbeitnehmertätigkeit handelt. (Rn. 14)
5. Dieses Ergebnis wird dadurch bestätigt, dass die Begriffe „Arbeitnehmer" und „Tätigkeit im Lohn- und Gehaltsverhältnis" im Sinne des Gemeinschaftsrechts nicht durch Verweisung auf die Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten definiert werden können, sondern vielmehr eine gemeinschaftsrechtliche Bedeutung haben. Diese Bedeutung wäre gefährdet, wenn die Geltendmachung der durch die Freizügigkeit der Arbeitnehmer begründeten Ansprüche ausgeschlossen wäre, sobald der Betroffene in den Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedsstaates vorgesehene Leistungen aus öffentlichen Mitteln beansprucht. (Rn. 15)

2.5.4 Fall Bettray EuGH Slg. 1989, 1621

Der deutsche Staatsangehörige B hält sich in den Niederlanden zu therapeutischen Zwecken in einer Wohngemeinschaft für Drogenabhängige auf. Im Rahmen der Therapie wird B ein Arbeitsplatz nach dem „Wet Sociale Werkvoorziening" (Gesetz über die soziale Arbeitsbeschaffung, im Folgenden WSW) – vergleichbar mit den deutschen Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen nach dem SGB II/III – angeboten. Die Arbeit dient aber vorrangig der Rehabilitation von Drogenabhängigen. Der Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis wurde von der zuständigen Polizeibehörde abgelehnt. Die niederländische Polizeibehörde möchte den Aufenthalt von B beenden, da er nicht Arbeitnehmer sei und sich daher nicht auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen könne. Gegen die Ablehnung erhebt B Klage beim niederländischen Raad van State. Dieser legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob

Personen, die im Rahmen des „Wet Sociale Werkvoorziening“ eine Tätigkeit ausüben, als Arbeitnehmer im Sinne von Art. 45 AEUV anzusehen seien.

Nach Auffassung des EuGH sind die Leistungen von B nicht als tatsächliche und echte wirtschaftliche Tätigkeit einzustufen. Im Vordergrund steht die Rehabilitation und berufliche Eingliederung, so dass es sich nicht um eine Arbeitnehmertätigkeit im Sinne des EU-Freizügigkeitsrechts handelt.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Der Begriff des Arbeitnehmers im Sinne des Art. 48 EWG-Vertrag (Art. 45 AEUV) hat eine gemeinschaftsrechtliche Bedeutung und ist, da er den Anwendungsbereich einer der Grundfreiheiten der Gemeinschaft festlegt, weit auszulegen. Dieser Begriff ist anhand objektiver Kriterien zu definieren, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der betroffenen Personen kennzeichnen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält. (Rn. 11, 12)
2. Weiter ist festzustellen, dass aus dem Grundsatz der Freizügigkeit der Arbeitnehmer sowie aus der Stellung der insoweit geltenden Bestimmungen innerhalb des Systems des Vertrages folgt, dass diese Bestimmungen nur die Freizügigkeit von Personen gewährleisten, die im Wirtschaftsleben tätig sind oder sein wollen, und daher nur für die Ausübung tatsächlicher und echter Tätigkeiten gelten.[30] (Rn. 13)
3. Die aufgrund der „WSW“ beschäftigten Personen erbringen im Rahmen eines Abhängigkeitsverhältnisses Leistungen, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhalten. Das wesentliche Merkmal eines Arbeitsverhältnisses ist somit gegeben. (Rn. 14)
4. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Produktivität der aufgrund dieser Regelung beschäftigten Personen gering ist und ihre Entlohnung deshalb weitgehend aus öffentlichen Mitteln bestritten wird. Denn für die Frage, ob jemand als Arbeitnehmer anzusehen ist, spielt es keine Rolle, wie hoch seine Produktivität ist oder woher die Mittel für seine Entlohnung stammen. (Rn. 15)
5. Dagegen ist festzustellen, dass die im Rahmen der WSW ausgeübten Tätigkeiten nicht als tatsächliche und echte wirtschaftliche Tätigkeiten angesehen werden können, da sie nur ein Mittel der Rehabilitation oder der Wiedereingliederung der Arbeitnehmer in das Arbeitsleben darstellen. (Rn. 17)
6. Die Beschäftigung im Rahmen der WSW ist Personen vorbehalten, die in Folge von Umständen, die in ihrer Person begründet liegen, nicht in der Lage sind, einer Beschäftigung unter normalen Bedingungen nachzugehen. Diese Beschäftigung im Rahmen der sozialen Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen

[30] vgl. EuGH Levin, Slg. 1982, 1035.

endet dann, wenn das Arbeitsamt der Gemeinde mitteilt, dass der Betroffene kurzfristig wieder einen normalen Arbeitsplatz finden kann. (Rn. 18)

7. Die betroffenen Personen werden nicht nach ihrer Befähigung zur Ausübung einer bestimmten Tätigkeit ausgesucht, sondern umgekehrt werden die Tätigkeiten auf die Fähigkeiten der Betroffenen zugeschnitten, die diese Tätigkeiten verrichten sollen, um ihre Arbeitsfähigkeit zu erhalten, wiederherzustellen oder zu fördern. (Rn. 19)
8. Somit ist Art. 48 Abs. 1 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 45 AEUV) dahin auszulegen, dass ein Staatsangehöriger eines Mitgliedsstaates, der in einem anderen Mitgliedsstaat im Rahmen einer Regelung wie der WSW, wonach die ausgeübte Tätigkeit nur der Rehabilitation oder der Wiedereingliederung der Betroffenen in das Arbeitsverhältnis dienen, beschäftigt ist, nicht allein deswegen als Arbeitnehmer in Sinne des Gemeinschaftsrechts anerkannt werden kann. (Rn. 20)

2.5.5 Fall Diatta EuGH Slg. 1985, 567[31]

Frau D ist senegalesische Staatsangehörige, die zusammen mit ihrem französischen Ehemann in Berlin-Kreuzberg wohnt. Der Ehemann arbeitet als angestellter Lehrer für Französisch und Geschichte an einer Privatschule. D beabsichtigt die Scheidung von ihrem Ehemann und lebt nunmehr in einer eigenen Mietwohnung in Berlin von ihm getrennt. Sie befürchtet, dass ihr Aufenthalt nicht verlängert wird, da sie mit ihrem Ehemann nicht mehr zusammenlebe. Als ihre Aufenthaltserlaubnis ablief, beantragte D beim zuständigen Polizeipräsidenten in Berlin die Verlängerung, die mit der Begründung abgelehnt wurde, D sei nicht mehr Familienangehörige eines EG-Angehörigen und habe keine gemeinsame Wohnung mit ihrem Ehemann. Im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens legte das Bundesverwaltungsgericht dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die Freizügigkeits-VO so auszulegen sei, dass Ehegatten von Staatsangehörigen der Mitgliedsstaaten auch dann ein Aufenthaltsrecht genießen, wenn sie von diesen getrennt aber in demselben Ort wohnen.

Der EuGH stellt zunächst fest, dass Familienangehörige aus Art. 45 AEUV kein eigenes, unmittelbar aus dem Vertrag folgendes Recht auf Freizügigkeit geltend machen können. Gleichwohl können Familienangehörige ihre Rechte von der Rechtsstellung des die Freizügigkeit in Anspruch nehmenden Arbeitnehmers (sog. Wanderarbeitnehmer) ableiten. Die Einzelheiten hierzu sind u. a. in Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 (Freizügigkeits-VO) sowie in Art. 7 Abs. 2, Art. 9 und Art. 16 der Richtlinie 2004/38/EG (Freizügigkeits-RL) geregelt. In diesem Zusammenhang führt der EuGH sodann aus, dass der Schutz von Familienangehörigen durch das eheliche Band so lange als nicht aufgelöst angesehen werden kann, solange dies nicht durch die zuständige Stelle ausgesprochen worden ist. Das ist bei Ehegatten nicht der Fall, die lediglich voneinander getrennt leben, selbst wenn sie die Absicht haben, sich später scheiden zu lassen.

[31] siehe auch NJW 1985, 2087.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Das in den Art. 48 ff. EWG-Vertrag (nunmehr Art. 45 AEUV) vorgesehene Grundrecht der Freizügigkeit gilt auch – als abgeleitetes Recht – für die Familien der Wanderarbeitnehmer. Daher darf das Freizügigkeitsrecht nicht davon abhängig gemacht werden, wie die Eheleute ihre eheliche Lebensgemeinschaft auszugestalten wünschten, indem von ihnen ein Zusammenleben in häuslicher Gemeinschaft verlangt werde. Die Vorstellungen über die Art und Weise der Gestaltung der ehelichen Beziehungen seien keineswegs in allen Mitgliedstaaten und bei allen Personen gleich. (Rn. 13)
2. Diese Freizügigkeits-Verordnung ist eine von mehreren Regelungen, durch die die Verwirklichung der Ziele des Art. 48 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 45 AEUV) erleichtert werden soll. Sie muss daher einen Arbeitnehmer unter anderem in die Lage versetzen, sich im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, um dort eine Beschäftigung auszuüben. (Rn. 15)
3. Zu diesem Zweck sieht Art. 10 der Freizügigkeits-Verordnung vor, dass auch bestimmte Familienangehörige des Wanderarbeitnehmers in das Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats, in dem der Arbeitnehmer ansässig ist, einreisen und dort Wohnung bei ihm nehmen dürfen. Angesichts des Zusammenhangs und der Zielsetzung dieser Bestimmung darf diese nicht eng ausgelegt werden. (Rn. 16)
4. Soweit Art. 9 und 10 der Freizügigkeits-Verordnung bestimmt, dass der Familienangehörige des Wanderarbeitnehmers bei dem Arbeitnehmer Wohnung nehmen darf, bedeutet dies nicht, dass der betreffende Familienangehörige dort ständig wohnen muss, sondern nur, dass die Wohnung, über die der Arbeitnehmer verfügt, normalen Anforderungen für die Aufnahme seiner Familie entsprechen muss. Es kann somit nicht anerkannt werden, dass darin das Erfordernis einer einzigen ständigen Familienwohnung mit enthalten ist. (Rn. 18)
5. Hinzuzufügen ist, dass das eheliche Band nicht als aufgelöst angesehen werden kann, solange dies nicht durch die zuständige Stelle ausgesprochen worden ist. Das ist bei Ehegatten nicht der Fall, die lediglich voneinander getrennt leben, selbst wenn sie die Absicht haben, sich später scheiden zu lassen. (Rn. 20)

2.5.6 Fall Bonsignore EuGH Slg. 1975, 297[32]

Der italienische Staatsangehörige B kam mit 18 Jahren in die Bundesrepublik, um eine Stelle als Chemiefacharbeiter anzutreten. 1971 erwarb er ohne Waffenschein eine Pistole, mit der er beim Hantieren versehentlich seinen jüngeren Bruder tötete. Ein deutsches Strafgericht verurteilte ihn wegen unerlaubten Besitzes einer Schusswaffe und erkannte ihn wegen fahrlässiger Tötung für schuldig, sah aber nach § 60 StGB von einer Strafe ab, da die Folgen der Tat für B so schwer waren, dass die Verhängung einer Strafe offensichtlich verfehlt wäre. Im Anschluss an die-

[32] siehe auch NJW 1975, 1096.

ses Urteil verfügte der Oberstadtdirektor der Stadt Köln die Ausweisung von B aus der Bundesrepublik. Die Ausweisung sei aus generalpräventiven Gründen zur Abschreckung erforderlich. Nachdem B Anfechtungsklage gegen die Ausweisungsverfügung erhoben hat, legte das Verwaltungsgericht Köln dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die Abschreckungswirkung, welche die Ausweisung eines im unerlaubten Waffenbesitzes angetroffenen Ausländers im Hinblick auf die zunehmende Gewalttätigkeit in Ballungsgebieten zu den Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gehöre, die eine Einschränkung des Freizügigkeitsprinzips rechtfertigt.

Nach Auffassung des EuGH ist ein Abweichen von den Regeln der Freizügigkeit unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit nur unter engen Voraussetzungen möglich. Voraussetzung hier sei ein persönliches Verhalten des Betroffenen, das zu einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit geführt hat. Ferner darf eine Einschränkung der Freizügigkeit nur unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfolgen. Allein general-präventive Gesichtspunkte – also die Abschreckung anderer Ausländer insbesondere in Ballungsgebieten vor der Begehung von Straftaten – sei hierfür nicht ausreichend.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Nach der Freizügigkeits-VO darf bei Maßnahmen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit ausschließlich das persönliche Verhalten der in Betracht kommenden Einzelperson ausschlaggebend sein. Daher können strafrechtliche Verurteilungen allein ohne weiteres eine Ausweisungsmaßnahme nicht begründen. (Rn. 5)
2. Die gerechtfertigten Beschränkungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit (nunmehr Art. 45 Abs. 3 AEUV sowie Erwägungsgrund Nr. 2 zur Freizügigkeits-VO) sind mit dem fundamentalen Grundsatz der Freizügigkeit in der Gemeinschaft und mit der Beseitigung jeglicher Diskriminierung zwischen eigenen Staatsangehörigen und den Staatsangehörigen der anderen Mitgliedsstaaten in Einklang zu bringen. Daher dürfen bei Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit vom Einzelfall losgelöste Erwägungen nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Es darf ausschließlich das persönliche Verhalten der Betroffenen ausschlaggebend sein. Da Abweichungen von den Regeln über die Freizügigkeit eng auszulegende Ausnahmevorschriften sind, darf eine Ausweisungsmaßnahme nur auf Gefährdungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit abstellen, die von der betroffenen Einzelperson ausgehen könnten. (Rn. 5, 6)
3. Die Freizügigkeitsregelungen stehen daher der Ausweisung eines Staatsangehörigen eines Mitgliedsstaates entgegen, wenn diese zum Zwecke der Abschreckung anderer Ausländer verfügt wird, d. h. wenn sie auf „general-präventive“ Gesichtspunkte gestützt wird. (Rn. 7)

2.6 Auswirkung auf die deutsche Rechtsordnung und die arbeits- bzw. verwaltungsrechtliche Praxis

Neben den arbeitsrechtlichen Auswirkungen ergeben sich im Zusammenhang mit dem Freizügigkeitsrecht insbesondere auch Auswirkungen auf die nationalen aufenthaltsrechtlichen Bestimmungen. Dabei ist zwischen dem allgemein für alle Ausländer geltenden Aufenthaltsgesetz und dem speziell für Unionsbürger geltenden Freizügigkeitsgesetz zu unterscheiden, § 1 II Nr. 1 AufenthaltsG.

2.6.1 Auswirkungen auf nationale Aufenthaltsregelungen

Der Bundesgesetzgeber hat durch Verabschiedung des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügigkeitsG/EU) die entsprechenden aufenthaltsrechtlichen Vorschriften geschaffen. Die §§ 3, 4 FreizügigkeitsG/EU betreffen insbesondere das Aufenthaltsrecht von Familienmitgliedern. Diesen steht grundsätzlich das Recht auf Einreise und Aufenthalt in der Bundesrepublik zu, § 2 FreizügigkeitsG/EU. Der Verlust des Rechtes auf Einreise und Aufenthalt ist gem. § 6 FreizügigkeitsG/EU nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit zulässig, wenn gemäß Abs. 4 schwerwiegende Gründe vorliegen.[33]

Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass die vorgenannten Personen weder ein Visum noch einen Aufenthaltstitel benötigen, § 2 Abs. 4 Freizügigkeitsgesetz/EU. Es bestehen also nach dem vorgenannten Gesetz keine materiell-rechtlichen Beschränkungen. Gleichwohl sind bestimmte Formalien zu beachten. So wird den freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen zwar von Amts wegen eine kostenfreie Bescheinigung über ihr Aufenthaltsrecht ausgestellt, die Ausländerbehörde kann aber verlangen, dass die Voraussetzungen für eine solche Bescheinigung entsprechend den §§ 5 Abs. 1 und 3 Freizügigkeitsgesetz/EU glaubhaft gemacht werden. Auch muss der Unionsbürger bei der Einreise nach Deutschland einen Pass mit sich führen und ihn auch bei seinem Aufenthalt in Deutschland noch besitzen, § 8 FreizügigkeitsG/EU. Darüber hinaus besteht für ein Mitgliedsland kaum die Möglichkeit, den Zuzug von Unionsbürgern zur Arbeit zu beschränken, mit Ausnahme der oben bereits genannten eng auszulegenden Tatbestandsmerkmale der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit.[34]

Die Freizügigkeit schützt Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen auch nach ihrem Ausscheiden aus dem Erwerbsleben, §§ 7, 14 Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38/EG. Danach können sich EU-Arbeitnehmer u. a. noch nach dem Ausscheiden aus dem Erwerbsleben auf die Freizügigkeit berufen unter der Voraussetzung, dass sie eine Sozialrente beziehen und sie während ihres Aufenthaltes nicht darauf angewiesen sind, Sozialhilfe des Aufnahmemitgliedsstaates in Anspruch zu nehmen. Die entsprechenden Rechte stehen auch den Angehörigen der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer zu, § 4 a Abs. 2 Freizügigkeitsgesetz/EU

[33] vgl. hierzu insbesondere Langer NZA 2005, Beilage 2, 83; Wank NZA 2005, Beilage 2, 88.

[34] vgl. Langer a. a. O.; Wank a. a. O.; ferner zu der Frage der Verhinderung sozialleistungsmotivierter Wanderbewegungen: Greiser ZESAR 2014, 18.

2.6.2 Auswirkungen auf den Zugang zur Beschäftigung im Öffentlichen Dienst

Die Europäische Kommission führt seit 1988 eine „systematische Aktion“ mit dem Ziel durch, den Staatsangehörigen der EU-Mitgliedsstaaten einen europaweiten Zugang zur Beschäftigung in öffentlichen Einrichtungen zu eröffnen, die keinen engen Zusammenhang mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und der Wahrung der allgemeinen Belange des Staates aufweisen. So wurden die Mitgliedsstaaten aufgefordert, das Staatsangehörigkeitserfordernis für die Beschäftigung im öffentlichen Sektor von Forschungs- und Bildungseinrichtungen aufzuheben.[35] Entsprechend den EU-Vorgaben hat Deutschland seine Regelungen über den Zugang zum Öffentlichen Dienst geändert. Nach § 7 BeamStG können nunmehr neben Deutschen auch Staatsangehörige eines anderen Mitgliedsstaates der EU in ein Beamtenverhältnis berufen werden. Insoweit hat das deutsche Beamtenrecht den Vorgaben der Lawrie-Blum-Entscheidung Rechnung getragen. Ausländern ist es nunmehr möglich, auch im Rahmen eines Beamtenverhältnisses einen Referendardienst zu durchlaufen und ihre Ausbildung zu beenden.

2.6.3 Auswirkungen auf nationale Regelungen über die gegenseitige Anerkennung von Ausbildungsnachweisen

Um die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeit zu erleichtern, sieht Art. 53 Abs. 1 AEUV vor, dass das EU-Parlament und der Rat Richtlinien für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstige Befähigungsnachweise sowie für die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten erlässt.[36] Zwar sind nach dem Wortlaut von Art. 53 AEUV Normadressaten grundsätzlich nur Selbständige, allerdings werden die aufgrund von Art. 53 AEUV erlassenen Richtlinien auch im Rahmen der Arbeitnehmer-Freizügigkeit herangezogen, so dass sich auch nicht selbständige Arbeitnehmer auf eine entsprechende Anerkennung ihrer Berufsabschlüsse bzw. Hochschuldiplome berufen können.[37]

So sahen sich die EU-Instanzen nicht nur in Folge der Heylens-Entscheidung[38] veranlasst, sekundärrechtliche Regelungen zur gegenseitigen Anerkennung von Berufsabschlüssen zu verabschieden. Die so geschaffene Berufsanerkennungs-Richtlinie RL 2005/36/EG war von den Mitgliedsstaaten bis zum 20. Oktober 2007 in nationales Recht umzusetzen.[39] Die Umsetzung erfolgte über das Gesetz über die Feststellung der Gleichwertigkeit von Berufsqualifikationen (Berufsqualifikations-

[35] vgl. hierzu Kommission/Luxemburg EuGH Slg. 1996, I-3207; Burgi JuS 1996, 958; Lorz, Fallrepetitorium Europarecht, S. 76.

[36] vgl. Kolmhuber in Nägele, EG-Arbeitsrecht in der deutschen Praxis, S. 63, 64.

[37] vgl. Kolmhuber a. a. O.

[38] vgl. Heylens EuGH Slg. 1987, 4097; ferner Vlassopoulou EuGH Slg. 1991, I-2357; Fernández de Bobadilla EuGH Slg. 1999, I-4773.

[39] vgl. hierzu Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 2 Rn. 75; Körner NZA 2007, 236.

feststellungsG). In diesem Gesetz wird nach den §§ 4 ff. zwischen nicht reglementierten Berufen und nach den §§ 9 ff. den reglementierten Berufen unterschieden. Bei den nach § 5 vorzulegenden Unterlagen haben die deutschen Behörden dann die in anderen Mitgliedsstaaten erworbenen Befähigungsnachweise und Zeugnisse zu berücksichtigen.

Dabei ist zunächst zwischen dem Vorliegen eines reglementierten und eines nicht reglementierten Berufes zu unterscheiden. Hängt die Zulassung zu einem Beruf nach nationalem Recht vom Besitz eines Diploms oder einer beruflichen Qualifikation ab, so haben die zuständigen Behörden des Aufnahmemitgliedsstaates die Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise, die der Betroffene in einem anderen Mitgliedsstaat erworben hat, in der Weise zu berücksichtigen, dass sie die durch diese Diplome bescheinigten Sachkenntnisse mit den nach nationalem Recht vorgeschriebenen Kenntnissen und Fähigkeiten vergleichen.[40] Führt diese vergleichende Prüfung zu der Feststellung, dass die durch das in einem anderen Mitgliedsstaat aufgestellte Diplom bescheinigten Kenntnisse und Fähigkeiten den nach den nationalen Rechtsvorschriften verlangten entsprechen, so haben die zuständigen Behörden des Aufnahmemitgliedsstaates anzuerkennen, dass dieses Diplom die in diesen Vorschriften aufgestellten Voraussetzungen erfüllt. Ergibt der Vergleich dagegen, dass diese Kenntnisse und Fähigkeiten einander nur teilweise entsprechen, so können die zuständigen Behörden von dem Betroffenen den Nachweis verlangen, dass er die fehlenden Kenntnisse und Fähigkeiten erworben hat bzw. nachholt.[41] Die vorgenannten Rechtsprechungsgrundsätze sind daher auch bei der Anwendung des BerufsqualifikationsfeststellungsG zu beachten. In Folge des BerufsqualifikationsfeststellungsG wurde eine Vielzahl von Gesetzen für reglementierte Berufe geändert, so § 2 Abs. 3, § 3 Abs. 1 Satz 2, Abs. 1 a Bundesärzteordnung, § 1 Abs. 2, § 2 Abs. 3, § 5 Abs. 6 Krankenpflegegesetz, § 9 Handwerksordnung[42] usw. Da es sich bei dieser Materie ebenfalls um eher öffentlich-rechtliche Normen handelt, sollen diese in diesem Zusammenhang nicht weiter dargestellt werden.

Unabhängig von den vorgenannten Ausführungen gibt es eine Vielzahl von arbeits- und verwaltungsrechtlichen Vorschriften, nach denen Berufsqualifikationen und sonstige Abschlüsse anderer Mitgliedsstaaten anerkannt werden müssen. So kann unter anderem nach § 18 Abs. 1 BBG die Laufbahnbefähigung auch aufgrund von Berufsqualifikationen anerkannt werden, die in anderen Mitgliedsstaaten der EU erworben worden sind. Vergleichbare Regelungen finden sich in § 4 BRAO über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft im Zusammenhang mit den Eingliederungsvoraussetzungen nach dem Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland.[43]

---

[40] vgl. Vlassopoulou EuGH Slg. 1991, I-2357; Fernández de Bobadilla EuGH Slg. 1999, I-4773.

[41] vgl. Vlassopoulou EuGH Slg. 1991, I-2357 (Rn. 19); Fernández de Bobadilla EuGH Slg. 1999, I-4773 (Rn. 32).

[42] vgl. zum verfassungsrechtlichen Problem einer Inländerdiskriminierung im Handwerkswesen durch EU-Normen BVerfG NVwZ 2001, 187 (Meisterzwang für Deutsche).

[43] vgl. insbesondere zur Zulassung ausländischer Juristen zur deutschen Anwaltschaft: Vlassopoulou EuGH Slg. 1991, I-2357.

1. Primärrechtliche Kompetenznorm Art. 46 AEUV	Alle erforderlichen Maßnahmen, um die Freizügigkeit der Arbeitnehmer herzustellen, insbesondere - hinsichtlich des Zugangs zu verfügbaren Arbeitsplätzen - hinsichtlich Beseitigung von beschränkenden Rechtsvorschriften - hinsichtlich Schaffung geeigneter Verfahrensregelungen
2. Ziel (Erwägungsgrund 2 u. 6)	Gewährleistung und Förderung der Arbeitnehmerfreizügigkeit
3. Anwendungsbereich (Art. 1)	- Jeder Staatsangehörige eines Mitgliedsstaates, - der unabhängig von seinem Wohnort eine Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis in einem anderen Mitgliedsstaat aufnimmt oder ausübt. - Unionsbürgerschaft nicht ausreichend - Arbeitnehmereigenschaft erforderlich
4. Freier Zugang zum Arbeitsmarkt aller Mitgliedsstaaten (Art. 1 – 6 u. 9)	- Verbot diskriminierender Vorschriften beim Zugang zur Beschäftigung, Art. 3 - Verbot zahlen- und anteilsmäßiger Beschränkung von Arbeitnehmern bzw. Arbeitnehmergruppen, Art. 4 - freies Wohnrecht im Tätigkeitsstaat, Art. 9
5. Arbeitsrechtliche Gleichbehandlung (Art. 7, 8)	- keine Benachteiligung bei Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen - gleiches Recht auf gewerkschaftliche Betätigung wie die Staatsangehörigen des Tätigkeitsstaates
6. Sozial- und steuerrechtliche Gleichbehandlung (Art. 7 Abs. 2)	- Anspruch auf die gleichen sozialen Vergünstigungen wie inländische Arbeitnehmer - Anspruch auf die gleichen steuerlichen Vergünstigungen wie inländische Arbeitnehmer

Abb. 2.1 VO (EU) Nr. 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (Freizügigkeits-VO)

1. Primärrechtliche Kompetenznorm Art. 18 Abs. 2 AEUV Art. 21 Abs. 3 AEUV	- Regelungen über das Verbot von Diskriminierungen wegen Staatsangehörigkeit - Regelungen im Zusammenhang mit der Sicherung der Freizügigkeit für Unionsbürger
2. Ziel (Art. 1)	Ergänzende Regelungen zum Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht von
3. Anwendungsbereich (Art. 1)	Unionsbürger und ihre Familienangehörigen (Arbeitnehmerstatus nicht erforderlich)
4. Aufenthaltsrecht für Unionsbürger (Art. 6)	bis zu 3 Monaten
5. Aufenthaltsrecht für Arbeitnehmer (Art. 7)	über 3 Monate
6. Daueraufenthaltsrecht für Unionsbürger (Art. 16, 17)	- nach 5jährigem ununterbrochenem rechtmäßigen Aufenthalt in einem Mitgliedsstaat, - bei Arbeitnehmern nach mindestens 12monatiger Tätigkeit und 3jährigem ununterbrochenem Aufenthalt, wenn sie das für eine Altersrente vorgesehene Alter erreicht haben
7. Recht auf Gleichbehandlung (Art. 24)	- Anspruch auf gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedsstaates - Ausnahme bei Sozialhilfeleistungen, Art. 24 Abs. 2 - Ausnahme bei Studienbeihilfen vor Erwerb des Rechts auf Dauererlaubnis, Art. 24 Abs. 2
8. Einschränkungsmöglichkeit aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit (Art. 27)	- hohe Anforderungen an das Vorliegen der Einschränkungsgründe, - strenge Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, - Einschränkungsgründe dürfen nicht zu wirtschaftlichen Zwecken geltend gemacht werden

Abb. 2.2 RL 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (Unionsbürger-Richtlinie)

3 Art. 45 AEUV als Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot

►
- Verordnung (EU) Nr. 492/2011 (Freizügigkeits-Verordnung)[1] (siehe Abb. 2.1)
- Richtlinie 2004/38/EG (RL über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten)[2] (siehe Abb. 2.2)

Nach Art. 45 Abs. 2 AEUV umfasst die Freizügigkeit die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedsstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen.

3.1 Verbot der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung nach Art. 45 Abs. 2 AEUV

Art. 45 AEUV verbietet jede unmittelbare und mittelbare Diskriminierung wegen Staatsangehörigkeit. Eine unmittelbare unterschiedliche Behandlung wird als unmittelbare Diskriminierung angesehen, die dann vorliegt, wenn ein Arbeitnehmer allein wegen seiner Staatsangehörigkeit hinsichtlich Beschäftigung, Entlohnung oder sonstiger Arbeitsbedingungen unterschiedlich behandelt wird. Eine Diskriminierung nach Art. 45 Abs. 2 AEUV liegt aber nicht nur dann vor, wenn an das Kriterium der Staatsangehörigkeit angeknüpft wird[3], sondern auch an Regelungen wie Wohnsitz, Beschäftigungszeiten im Ausland, Voraussetzung eines inländischen

[1] ABl. Nr. L 141 S. 1.

[2] ABl. Nr. L 158 S. 77, ber. ABl. Nr. L 229 S. 35.

[3] vgl. Michel EuGH Slg. 1973, 457; Echternach EuGH Slg. 1989, 723; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht 2. Auflage, § 2 Rn. 3–6.

P. Hantel, *Europäisches Arbeitsrecht,* Springer-Lehrbuch,
DOI 10.1007/978-3-662-46894-4_3

Schulabschlusses und ggf. auch das Vorliegen bestimmter Sprachanforderungen.[4] Insoweit schützt Art. 45 AEUV nicht nur vor unmittelbaren Diskriminierungen im Zusammenhang mit der Staatsangehörigkeit[5] sondern auch vor einer unterschiedlichen Behandlung aufgrund neutraler nicht diskriminierender Unterscheidungsmerkmale, die sich aber mittelbar diskriminierend für Arbeitnehmer mit unterschiedlicher Staatsangehörigkeit auswirken.[6]

3.2 Beschränkungsverbot nach Art. 45 Abs. 1 AEUV

Darüber hinaus ergibt sich aus Art. 45 Abs. 1 AEUV vergleichbar mit anderen Grundfreiheiten[7] auch ein allgemeines Beschränkungsverbot.[8] Dies bedeutet, dass jede Regelung verboten ist, die die Leistung von Diensten zwischen Mitgliedsstaaten im Ergebnis gegenüber der Leistung von Diensten im Inneren eine Mitgliedsstaates erschwert. Jede Regelung, die einen Staatsangehörigen eine Mitgliedsstaates daran hindert, von der Freizügigkeit Gebrauch zu machen, verstößt gegen Art. 45 AEUV, auch wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit gilt.[9] Rechtsdogmatisch ergibt sich das Diskriminierungsverbot im Grunde schon aus dem Wortlaut von Art. 45 Abs. 2 AEUV und das Beschränkungsverbot aus Art. 45 Abs. 1 AEUV.[10]

Die Unterscheidung zwischen Diskriminierungs- und Beschränkungsmaßnahmen ist deshalb von juristischer Relevanz, weil bloße Beschränkungen der Freizügigkeit durch Gründe des Allgemeinwohls der Mitgliedsstaaten leichter gerechtfertigt sein können als Diskriminierungsmaßnahmen. Während Diskriminierungsmaßnahmen nur dann gerechtfertigt sind, wenn das EU-Recht dies ausdrücklich zulässt, z. B. Art. 45 Abs. 3 AEUV, können Beschränkungen der Grundfreiheiten – wie die Arbeitnehmerfreizügigkeit – auch durch nationale Allgemeinwohlinteressen

[4] vgl. Ugliola EuGH Slg. 1969, 363; Schumacker EuGH Slg. 1995, I-225; ferner Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 2 Rn. 3–6.

[5] vgl. hierzu auch Art. 18 AEUV.

[6] vgl. Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 3 Rn. 33; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 2 Rn. 3–6; ferner zur mittelbaren Diskriminierung Kranemann EuGH Slg. 2005, I-2421; Olympique Lyonnaise EuGH Slg. 2010, I-2177.

[7] vgl. zur Warenverkehrsfreiheit grundlegend Cassis de Dijon EuGH Slg. 1979, I-649.

[8] vgl. Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 3 Rn. 36; Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, S. 95, 96; Thüsing a. a. O. § 2 Rn. 50; Salzburger Landesklinik GmbH EuGH vom 5. Dezember 2013, C-514/12 zur Nichtanerkennung von im EU-Ausland erworbenen Vordienstzeiten als Beschränkung bzw. mittelbare Diskriminierung; vgl. hierzu Linneweber ZESAR 2014, 461.

[9] vgl. Riesenhuber a. a. O.; Fuchs/Marhold a. a. O.; Thüsing a. a. O.; ferner Bosman EuGH Slg. 1995, I-4921.

[10] vgl. Thüsing a. a. O.

gerechtfertigt sein, wenn sie verhältnismäßig sind.[11] Es handelt sich insoweit um ungeschriebene Rechtfertigungsgründe.[12]

Allerdings kann der Verzicht auf das Unterscheidungsmerkmal der Staatsangehörigkeit zu einer zu weiten Auslegung des Schutzbereiches der Grundfreiheiten – im vorliegenden Fall also des Arbeitnehmerfreizügigkeitsrechts – führen. Im Grunde könnte jede arbeits-, steuer- oder sozialrechtliche Regelung, die mit der Aufnahme eines Arbeitsverhältnisses einhergeht, als Beschränkungsverbot und damit Eingriff in den Schutzbereich von Art. 45 AEUV angesehen werden.[13] Sowohl die Rechtsprechung als auch zum Teil die Literatur stellen daher darauf ab, dass ein Beschränkungsverbot nur dann vorliege, wenn mit der Regelung der Zugang zum Arbeitsmarkt erschwert wird.[14]

3.3 Ergänzende Regelungen in der Freizügigkeits-VO sowie in Richtlinie 2004/38/EG

Die primärrechtlichen Regelungen in Art. 45 AEUV werden – wie oben bereits ausgeführt – ergänzt durch die Freizügigkeits-VO Nr. 492/2011. In der vorgenannten auf Art. 46 AEUV basierenden Verordnung werden Detailfragen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, Art. 1 ff., hinsichtlich der Ausübung der Beschäftigung und der Gleichbehandlung, Art. 7 ff., sowie der Rechte für Familienangehörige der Arbeitnehmer, Art. 10, geregelt. Spezielle Regelungen, die eine Diskriminierung oder Beschränkung verhindern sollen, sind in Art. 3 und 4 Freizügigkeits-VO enthalten. So verbietet Art. 3 u. a. Vorschriften, die Stellenangebote, Arbeitsgesuche, den Zugang zur Beschäftigung oder die Ausübung von Beschäftigung durch EU-Ausländer einschränken. Zahlenmäßige oder anteilsmäßige Beschränkung des Einsatzes von EU-Ausländern ist nach Art. 4 der Freizügigkeits-VO verboten.

Von der Freizügigkeits-VO wie ausgeführt zu unterscheiden sind die aufenthaltsrechtlichen Regelungen in Richtlinie 2004/38/EG. Die dort vorgesehenen Regelungen knüpfen nicht an die Arbeitnehmerfreizügigkeit, sondern an die Freizügigkeit von Unionsbürgern nach Art. 21 AEUV an. Das Gleichbehandlungsgebot für Unionsbürger ist in Art. 24 RL 2004/38/EG enthalten. Da diese Richtlinie vorrangig nicht an die Arbeits- und Erwerbstätigkeit anknüpft, soll an dieser Stelle auf weitere Ausführungen verzichtet werden.

[11] vgl. Riesenhuber a. a. O. Rn. 40–47; Fuchs/Marhold a. a. O.; Thüsing a. a. O.

[12] vgl. Randelshofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Band I, 54. Auflage, Art. 39 EGV Rn. 10; Lorz, Fallrepetitorium Europarecht, S. 69; Zur Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit und ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen grundlegend Cassis de Dijon EuGH Slg. 1979, 649.

[13] vgl. hierzu Thüsing a. a. O. Rn. 54.

[14] vgl. Graf EuGH Slg. 2000, I-499; Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, S. 196; Thüsing a. a. O. Rn. 54 unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BVerfG zu objektiv berufsregelnden Tendenzen bei Eingriffen in Art. 12 Abs. 1 GG (BVerfGE 13, 186; 70, 214; 95, 302).

3.4 Praktische Fallbeispiele

Die nachfolgenden Entscheidungen enthalten zunächst Beispiele für eine unmittelbare Diskriminierung von Arbeitnehmern wegen Staatsangehörigkeit in arbeitsrechtlicher Hinsicht[15] und in steuerrechtlicher Hinsicht[16]. Daran schließen sich Beispiele für eine Verletzung des EU-rechtlichen Beschränkungsverbots nach Art. 45 Abs. 2 AEUV an[17].

3.4.1 Fall Ugliola EuGH Slg. 1969, 363

U arbeitete als italienischer Staatsangehöriger seit 1961 bei der Württembergischen Südmilch AG. Im Mai 1965 wird er in Italien zum Wehrdienst eingezogen, den er bis August 1966 ableistet. Danach nimmt er seine Tätigkeit bei der Südmilch AG wieder auf. Anders als bei deutschen Wehrpflichtigen rechnet die Südmilch AG seinen Wehrdienst nicht auf seine Betriebszugehörigkeit an. Nach Auffassung der Südmilch AG bestehe eine solche Verpflichtung nur bei deutschen Wehrpflichtigen nach dem ArbeitsplatzschutzG. Im Rahmen des arbeitsgerichtlichen Verfahrens legte das BAG dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedsstaates ist und im Hoheitsgebiet eines anderen beschäftigt ist, Anspruch auf Anrechnung der Wehrdienstzeiten auf die Betriebszugehörigkeit nach dem Recht des Beschäftigungslandes hat.

Nach Auffassung des EuGH ist das Arbeitsplatzschutzgesetz insoweit EU-rechtswidrig, als es andere EU Bürger vom Kündigungsschutz ausnimmt und die Wehrdienstzeiten nicht bei der Betriebszugehörigkeit berücksichtigt.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Art. 48 des Vertrages (Art. 45 AEUV) schreibt zur Herstellung der für den Gemeinsamen Markt wesentlichen Freizügigkeit der Arbeitnehmer die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung von Arbeitnehmern der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen vor. (Rn. 3)
2. Diese Bestimmung wird nur durch die in Abs. 3 abschließend aufgezählten Vorbehalte hinsichtlich der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit eingeschränkt. Das Sozialrecht der Gemeinschaft beruht auf dem Grundsatz, dass die Rechtsordnung eines jeden Mitgliedstaats den in dessen Hoheitsge-

[15] vgl. Ugliola EuGH Slg. 1969, 363.

[16] vgl. Schumacker EuGH Slg. 1995, I-225; Ungleichbehandlungen in sozialrechtlicher Hinsicht werden im nächsten Kapitel behandelt, hierzu u. a.: Michel S. EuGH Slg. 1973, 457; Echternach EuGH Slg. 1989, 723.

[17] vgl. Angonese EuGH Slg. 2000, I-4139; Doná EuGH Slg. 1976, 1333; Bosman EuGH Slg. 1995, I-4921.

biet beschäftigten Angehörigen der anderen Mitgliedstaaten alle Rechtsvorteile gewähren, die sie den eigenen Staatsangehörigen einräumt. (Rn. 3)

3. Ein staatliches Gesetz, das den Arbeitnehmer, der seine Arbeit in seinem früheren Betrieb wieder aufnimmt, vor Nachteilen aus der durch den Wehrdienst veranlassten Abwesenheit bewahren will, indem es insbesondere bestimmt, dass die Wehrdienstzeit auf die Betriebszugehörigkeit angerechnet wird, gehört in das Gebiet der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen. Ein solches Gesetz kann daher auch nicht wegen seines mittelbaren Zusammenhangs mit der Landesverteidigung dem Anwendungsbereich der Arbeitnehmer-Freizügigkeit entzogen sein. (Rn. 5)
4. Schon nach Art. 48 des Vertrages (nunmehr Art. 45 AEUV) können Mitgliedsstaaten nicht dadurch von der im Vertrag für alle Arbeitnehmer der Gemeinschaft gewollten Gleichheit der Behandlung und des Schutzes abweichen, dass sie mittelbar eine nur die eigenen Staatsangehörigen begünstigende Diskriminierung aus Anlass der Wehrpflicht einführen. In Folge dessen muss eine staatliche Rechtsnorm, die den Arbeitnehmer vor nachteiligen Auswirkungen einer durch den Wehrdienst veranlassten Abwesenheit auf die Beschäftigungsbedingungen im Betrieb schützt, auch auf die Staatsangehörigen anderer Mitgliedsstaaten angewandt werden. (Rn. 6)

3.4.2 Fall Schumacker EuGH Slg. 1995, I-225[18]

Herr S ist belgischer Staatsangehöriger und wohnt mit seiner Familie in Belgien. Nachdem er zunächst dort beschäftigt gewesen war, arbeitete er 1988 und 1989 in einem Beschäftigungsverhältnis in Köln. Auch in dieser Zeit behielt er seinen Wohnsitz in Belgien. Er erzielte mehr als 90 % seines gesamten Einkommens durch die Erwerbstätigkeit in Köln. Nach dem zwischen Belgien und Deutschland geschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) stand Deutschland als Beschäftigungsstaat das Recht der Einkommensbesteuerung zu. Das deutsche EStG sieht eine unterschiedliche Besteuerung der Lohn- und Gehaltsempfänger je nach ihrem Wohnsitz vor. Personen mit Wohnsitz im Inland sind unbeschränkt einkommenssteuerpflichtig, während Personen mit Wohnsitz im Ausland (Gebietsfremde) nur hinsichtlich ihrer in Deutschland erzielten Einkünfte beschränkt einkommenssteuerpflichtig sind. Dagegen können Gebietsfremde – also beschränkt einkommenssteuerpflichtige Personen – eine Reihe von Steuervergünstigungen nicht in Anspruch nehmen, so z. B. das Ehegattensplitting, die Geltendmachung von personen- und familienbezogenen Abzugsbeträgen sowie über einen Pauschalbetrag hinausgehende Vorsorgeaufwendungen. Zudem ist der Lohnsteuerjahresausgleich ausgeschlossen. Der Bundesfinanzhof legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die einkommenssteuerrechtlichen Vorschriften, die Steuervergünstigungen für unbeschränkt Steuerpflichtige vorsehen, mit Gemeinschaftsrecht vereinbar seien.

[18] siehe auch NJW 1995, 1207; DB 1995, 407; NVwZ 1995, 576.

Wie in den meisten steuerrechtlichen Entscheidungen betont der EuGH zunächst, dass die direkten Steuern nicht in den Zuständigkeitsbereich des EU-Gesetzgebers fallen. Allerdings besteht für die Mitgliedsstaaten die Verpflichtung, ihre Zuständigkeiten in steuerlichen Angelegenheiten unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts auszuüben.[19] Die Mitgliedsstaaten haben daher auch im Bereich des Steuerrechts das EU-Recht zu beachten. Das am Kriterium des Wohnsitzes ausgerichtete unterschiedliche Besteuerungsrecht stelle nach Auffassung des EuGH im vorliegenden Fall eine mittelbare Diskriminierung von S dar und verletze sein Recht auf Freizügigkeit. Diese Ungleichbehandlung sei auch nicht durch das sog. „Kohärenzprinzip" gerechtfertigt. Danach ist es ausschließlich Angelegenheit des Heimatstaates und nicht des Staates, in dem der Steuerpflichtige arbeitet, die persönlichen Verhältnisse des Steuerschuldners (Familienstand, persönliche Lage usw.) zu berücksichtigen. Andernfalls würden die begünstigenden Umstände doppelt berücksichtigt werden. Eine Ausnahme von dem Kohärenzprinzip kommt allerdings dann zur Anwendung, wenn der Gebietsfremde wie im vorliegenden Fall im Wohnsitzstaat über keine nennenswerten Einkünfte verfügt und im Wesentlichen seine Tätigkeit im Beschäftigungsstaat ausübt.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Es ist festzustellen, dass zwar der Bereich der direkten Steuern beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft fällt, die Mitgliedstaaten die ihnen verbliebenen Befugnisse jedoch unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts ausüben müssen. (Rn. 21)
2. Die Freizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft umfasst nach Art. 48 Abs. 2 (nunmehr Art. 45 AEUV) des Vertrages die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten, namentlich in Bezug auf die Entlohnung. Verboten sind danach nicht nur offensichtliche Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch alle versteckten Formen der Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis führen. (Rn. 22)
3. Die hier einschlägigen steuerrechtlichen Vorschriften gelten zwar unabhängig von der Staatsangehörigkeit des betreffenden Steuerpflichtigen. Es besteht aber die Gefahr, dass sich derartige nationale Rechtsvorschriften, die eine Unterscheidung aufgrund des Kriteriums des Wohnsitzes treffen, indem sie Gebietsfremden bestimmte Steuervergünstigungen verweigern, hauptsächlich zum Nachteil der Angehörigen anderer Mitgliedstaaten auswirken, da Gebietsfremde meist Ausländer sind. (Rn. 27, 28)
4. Unter diesen Umständen können Steuervergünstigungen, die den Gebietsansässigen eines Mitgliedstaats vorbehalten werden, eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit darstellen. (Rn. 29)

[19] vgl. hierzu ICI EuGH Slg. 1998, I-4695; Hailbronner/Jochum Europarecht 2, S. 197.

5. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass eine Diskriminierung nur darin bestehen kann, dass unterschiedliche Vorschriften auf vergleichbare Situationen angewandt werden oder dass dieselbe Vorschrift auf unterschiedliche Situationen angewandt wird. Im Hinblick auf die direkten Steuern befinden sich Gebietsansässige und Gebietsfremde in der Regel nicht in einer vergleichbaren Situation. (Rn. 30, 31)
6. Etwas anderes gilt jedoch, wenn der Gebietsfremde wie im Ausgangsverfahren in seinem Wohnsitzstaat keine nennenswerten Einkünfte hat und sein zu versteuerndes Einkommen im Wesentlichen aus einer Tätigkeit bezieht, die er im Beschäftigungsstaat ausübt, so dass der Wohnsitzstaat nicht in der Lage ist, ihm die Vergünstigungen zu gewähren, die sich aus der Berücksichtigung seiner persönlichen Lage und seines Familienstands ergeben. (Rn. 36)

3.4.3 Fall Angonese EuGH Slg. 2000, I-4139[20]

Der italienische Staatsangehörige A – mit deutscher Muttersprache – hat ein Studium in Österreich absolviert. Von dort bewarb er sich bei einer Bozener Bankgesellschaft, der Cassa di Risparmio di Bolzano SpA (im Folgenden Cassa di Risparmio). Diese machte die Teilnahme an dem Auswahlverfahren von dem Nachweis der Zweisprachigkeit (italienisch/deutsch) für den Eintritt in den öffentlichen Verwaltungsdienst der Provinz Bozen abhängig. Dieser Test wird ausschließlich in der Region Bozen durchgeführt. A, der über die Zweisprachigkeit verfügt, konnte deren speziellen Nachweis durch den regionalen Sprachtest in Bozen nicht erbringen. Aus diesem Grunde ließ die Cassa di Risparmio A nicht zum Auswahlverfahren zu. Auf den Widerspruch von A legte die zuständige Pretura Bozen dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob es mit dem Freizügigkeitsrecht vereinbar sei, wenn die Teilnahme an einem Auswahlverfahren zur Besetzung von Arbeitsplätzen bei einem privatrechtlichen Unternehmen vom Besitz einer amtlichen Bescheinigung über die Kenntnisse von örtlichen Sprachen abhängig gemacht werde, die von einer einzigen öffentlichen Verwaltung eines einzigen Mitgliedsstaates ausgestellt wird.

Der EuGH sah im vorliegenden Fall einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nach Art. 48 AEUV (nunmehr Art. 45 AEUV) sowie der Freizügigkeits-VO als gegeben an, weil die Verpflichtung zur Vorlage einer Bescheinigung, die nur in der Provinz eines Mitgliedsstaates erworben werden kann, die Staatsangehörigen anderer Mitgliedsstaaten im Verhältnis zu den Einwohnern der Provinz Bozen benachteilige. In diesem Zusammenhang führt der EuGH aus, dass das allgemein formulierte Diskriminierungsverbot sich nicht nur auf die Mitgliedsstaaten und damit auf Akte staatlicher Behörden beschränke. Vielmehr gelte das Diskriminierungsverbot für alle Privatpersonen und entfalte insoweit Drittwirkung.

[20] siehe auch NJW 2000, 3634; NZA-RR 2001, 20; NVwZ 2001, 901.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Zunächst ist festzustellen, dass das in Art. 48 (nunmehr Art. 45 AEUV) des Vertrages ausgesprochene Diskriminierungsverbot allgemein formuliert ist und sich nicht speziell an die Mitgliedstaaten richtet. So gilt das Verbot der auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung nicht nur für Akte der staatlichen Behörden, sondern erstreckt sich auch auf sonstige Maßnahmen, die eine kollektive Regelung im Arbeits- und Dienstleistungsbereich enthalten. (Rn. 31)
2. Die Beseitigung der Hindernisse für die Freizügigkeit zwischen den Mitgliedstaaten wäre gefährdet, wenn die Abschaffung der Schranken staatlichen Ursprungs durch Hindernisse zunichte gemacht werden könnte, die sich daraus ergeben, dass nicht dem öffentlichen Recht unterliegende Vereinigungen und Einrichtungen von ihrer rechtlichen Autonomie Gebrauch machen. (Rn. 32)
3. Die Tatsache, dass bestimmte Vertragsvorschriften ausdrücklich die Mitgliedstaaten ansprechen, schließt nicht aus, dass zugleich allen an der Einhaltung der so umschriebenen Pflichten interessierten Privatpersonen Rechte verliehen sein können. Das Diskriminierungsverbot gilt danach auch für alle die abhängige Erwerbstätigkeit kollektiv regelnden Tarifverträge und alle Verträge zwischen Privatpersonen. Das in Art. 48 (nunmehr Art. 45 AEUV) des Vertrages ausgesprochene Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit gilt somit auch für Privatpersonen. (Rn. 34, 36)
4. Im vorliegenden Fall lässt die Cassa di Risparmio ausschließlich die Bescheinigung als Nachweis der geforderten Sprachkenntnisse zu, die nur in einer Provinz des betreffenden Mitgliedstaats erlangt werden kann. Daraus folgt, dass Personen, die nicht in dieser Provinz wohnen, wenig Möglichkeiten haben, die Bescheinigung zu erwerben, und dass es für sie schwierig, ja sogar unmöglich sein wird, den betreffenden Arbeitsplatz zu erhalten. (Rn. 38, 39)
5. Da die Mehrheit der Einwohner der Provinz Bozen die italienische Staatsangehörigkeit besitzen, benachteiligt die Verpflichtung, die geforderte Bescheinigung zu erlangen, die Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten im Verhältnis zu diesen Einwohnern. (Rn. 40)

3.4.4 Fall Doná EuGH Slg. 1976, 1333[21]

Ein italienischer Fußballverein beauftragte D mit der Anwerbung von Fußballspielern. D schaltete eine betreffende Anzeige in einer belgischen Sportzeitung. Die aufgrund der Anzeige eingegangenen Bewerbungen ließ der Verein unberücksichtigt, da nach den Regeln des italienischen Fußballverbandes nur dem Verband angehörende Spieler als Profis oder Halbprofis bei den Fußballspielen mitwirken durften. Dies bedeutete, dass Verbandsmitglieder grundsätzlich nur italienische Staats-

[21] siehe auch NJW 1976, 2068.

angehörige werden durften. Der Verein zahlte auch nicht die D entstandenen Kosten für die Zeitungsanzeigen. Insbesondere wies der Verein darauf hin, D habe voreilig gehandelt, da nach dem „Regolamento organico della Federazione Italiano Giuoco del Calcio" (Personalordnung des italienischen Fußballverbandes) nur die dem Verband angehörenden Spieler an den Spielen teilnehmen können und grundsätzlich nur Spieler mit italienischer Staatsangehörigkeit in den Verband aufgenommen werden. Auf die Klage von D legte das zuständige italienische Gericht dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob das oben genannte Regolamento mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit vereinbar sei.

Nach Auffassung des EuGH unterfallen sportliche Betätigungen insoweit dem Gemeinschaftsrecht, als sie Teil des Wirtschaftslebens sind. Daher lag eine Verletzung des Rechts auf AN-Freizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit vor, da nur Angehörige des Mitgliedslandes und nicht andere EU-Bürger als Profi oder Halbprofi an Liga-Fußballspielen teilnehmen konnten.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Angesichts der Ziele der Gemeinschaft unterfallen sportliche Betätigungen insoweit dem Gemeinschaftsrecht, als sie einen Teil des Wirtschaftslebens im Sinne von Art. 2 des Vertrages ausmachen. Dies gilt für die Tätigkeit von Fußballprofis oder -halbprofis, da diese Tätigkeit eine entgeltliche Arbeits- oder Dienstleistung darstellt. Haben solche Spieler die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats, so gelten für sie also in allen Mitgliedstaaten die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über die AN-Freizügigkeit nach Art. 48 (nunmehr Art. 45 AEUV) und den freien Dienstleistungsverkehr. (Rn. 12/13)
2. Diese Vorschriften stehen jedoch einer Regelung oder Praxis nicht entgegen, welche die ausländischen Spieler von der Mitwirkung bei bestimmten Begegnungen aus nichtwirtschaftlichen Gründen ausschließt, die mit dem besonderen Charakter und Rahmen dieser Begegnungen zusammenhängen und deshalb ausschließlich den Sport als solchen betreffen, wie dies zum Beispiel bei Begegnungen zwischen Nationalmannschaften verschiedener Länder der Fall ist. Diese Beschränkung des Geltungsbereichs der fraglichen Vertragsartikel darf indessen nicht weiter gehen, als ihr Zweck dies erfordert. Es ist Sache des innerstaatlichen Gerichts, unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen die zur Prüfung gestellte Tätigkeit zu werten. (Rn. 14/16)
3. Das Verbot der auf Staatsangehörigkeit gestützten unterschiedlichen Behandlung gilt nicht nur für Akte der staatlichen Behörden, sondern erstreckt sich auch auf sonstige Maßnahmen, die eine kollektive Regelung im Arbeits- und Dienstleistungsbereich enthalten. Daraus folgt, dass bei der Prüfung der Gültigkeit oder der Wirkung einer in der Satzung eines Sportverbandes enthaltene Bestimmungen die zwingenden EU-rechtlichen Vorschriften – im vorliegenden Fall Art. 45 AEUV – zu berücksichtigen sind. (Rn. 17/18)

3.4.5 Fall Bosman EuGH Slg. 1995, I-4921[22]

B ist ein belgischer Berufsfußballspieler, der seit 1988 beim belgischen Erstligaverein RSC Lüttich beschäftigt war. Weil sein Vertrag am 30. Juni 1990 auslaufen sollte und er einen neuen Vertrag mit niedrigerem Gehalt nicht abschließen wollte, wurde er auf die Transferliste gesetzt. Die zu zahlende Transfersumme (Ausbildungsentschädigung) wurde auf rund 11 Mio. BFR festgesetzt. B wollte daraufhin zum französischen Zweitligaverein US Dünkirchen wechseln. Nach den diesen Transfer bestimmenden Regeln des belgischen Fußballverbandes war nach Vertragsablauf eine Freigabeerklärung des Verbandes erforderlich, damit der Spieler nach dem Transfer wieder eine Spiellizenz erhalten konnte. Die Freigabeerklärung war wiederum an die Zahlung der Transfersumme an den abgebenden Verein geknüpft, der sie nach Erhalt des Geldes beim Verband beantragen musste. Der geplante Transfer scheiterte letztlich daran, dass der RSC Lüttich aufgrund von Zweifeln an der Zahlungsfähigkeit des französischen Vereins die Freigabeerklärung nicht beantragt und die maximale Anzahl ausländischer Spieler überschritten war (sog. Ausländerklausel). Die Sportverbände rechtfertigen ihr Reglement mit nicht wirtschaftlichen sondern allein sportlichen Gründen. Es solle die traditionelle Bindung jedes Vereins an sein Land gewährleistet werden. Vereine, die an internationalen Wettkämpfen teilnehmen, sollten tatsächlich ihr Land repräsentieren. Aus diesem Grunde sei die Anzahl von Ausländern zu begrenzen. Die finanziellen Zahlungen vor Erteilung einer Spielerfreigabe seien insbesondere erforderlich, um die Vereine zu ermutigen, junge Talente zu suchen und zu fördern. Wenn diese den Verein verlassen, müsse eine Ausgleichszahlung erfolgen. Auf die Klage von B hat der Cour d`appel Lüttich dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob die Regeln des belgischen Fußballverbandes über die maximale Anzahl ausländischer Spieler und über die zu leistende Transferentschädigung mit Art. 45 AEUV vereinbar sei.

Der EuGH erklärte sowohl die Ausländerklausel als auch das Transfersystem für unvereinbar mit dem Freizügigkeitsrecht. Die Ausländerklausel stelle eine direkt Diskriminierung nach Art. 48 Abs. 2 (nunmehr Art. 45 Abs. 2 AEUV) dar. Zudem seien die Transferregelungen geeignet, den Zugang der Spieler zum Arbeitsmarkt in den anderen Mitgliedsstaaten unmittelbar zu beeinflussen und beeinträchtigen daher die Freizügigkeit. Sie können daher nicht als bloße Regelungen über Modalitäten des Verkaufs von Waren gleichgestellt werden, vergleichbar mit der sog. Keck-Doktrin.[23]

Die wichtigsten Leitsätze

I. Ausländerklausel

1. Art. 48 Abs. 2 (nunmehr Art. 45 AEUV) sieht ausdrücklich vor, dass die Freizügigkeit der Arbeitnehmer die Abschaffung jeder auf der Staatsan-

[22] siehe auch NJW 1996, 505; NZA 1996, 191; EuZW 1996, 82.

[23] vgl. EuGH Slg. 1993, I-6097 (Verbot des Verkaufs von Lebensmittelerzeugnissen zu Verlustpreisen); Nettesheim NVwZ 1996, 344; Oberthür NZA 2003, 462.

gehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen umfasst. Es verstößt gegen denselben Grundsatz, wenn in den Regelwerken der Sportverbände enthaltene Klauseln das Recht der Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten beschränken, als Berufsspieler an Fußballspielen teilzunehmen. (Rn. 117, 119)

2. Dabei spielt der Umstand keine Rolle, dass diese Klauseln nicht die Beschäftigung der genannten Spieler betreffen, die nicht eingeschränkt wird, sondern die Möglichkeit für ihre Vereine, sie bei einem offiziellen Spiel aufzustellen. Da die Teilnahme an diesen Begegnungen das wesentliche Ziel der Tätigkeit eines Berufsspielers darstellt, liegt es auf der Hand, dass eine Regel, die diese Teilnahme beschränkt, auch die Beschäftigungsmöglichkeiten des betroffenen Spielers einschränkt. (Rn. 120)
3. Zu den Rechtfertigungsgründen ist festzustellen, dass die Bindung eines Fußballvereins an den Mitgliedstaat, in dem er ansässig ist, nicht als mit der sportlichen Tätigkeit notwendig verbunden angesehen werden kann, ebenso wenig wie dies auf die Bindung dieses Vereins an sein Stadtviertel, seine Stadt oder seine Region oder, im Fall des Vereinigten Königreichs, das von jedem der vier Verbände abgedeckte Gebiet zutrifft. Obwohl sich nämlich bei den nationalen Meisterschaften Vereine aus verschiedenen Regionen, Städten oder Stadtvierteln gegenüberstehen, wird das Recht der Vereine, bei diesen Begegnungen Spieler aus anderen Regionen, Städten oder Stadtvierteln aufzustellen, durch keine Regel eingeschränkt. Im Übrigen ist bei internationalen Wettkämpfen die Teilnahme solchen Vereinen vorbehalten, die in ihren Heimatländern bestimmte sportliche Ergebnisse erzielt haben, ohne dass die Staatsangehörigkeit ihrer Spieler eine besondere Rolle spielt. (Rn. 131, 132)
4. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die Nationalmannschaften zwar aus Spielern bestehen müssen, die die Staatsangehörigkeit des betreffenden Landes besitzen; diese Spieler müssen aber nicht unbedingt für Vereine dieses Landes spielberechtigt sein. Im Übrigen sind nach den Regelungen der Sportverbände die Vereine, die ausländische Spieler beschäftigen, verpflichtet, diesen die Teilnahme an bestimmten Begegnungen in der Nationalmannschaft ihres Landes zu gestatten. (Rn. 133)
5. Auch wenn außerdem die Freizügigkeit der Arbeitnehmer durch die Öffnung des Arbeitsmarkts eines Mitgliedstaats für die Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten zu einer Verringerung der Chancen für die Inländer führt, im Hoheitsgebiet des Staates, dem sie angehören, eine Beschäftigung zu finden, so eröffnet sie doch im Gegenzug denselben Arbeitnehmern in den übrigen Mitgliedstaaten neue Beschäftigungsperspektiven. Solche Erwägungen gelten natürlich auch für die Berufsfußballspieler. (Rn. 134)
6. Schließlich ist hinsichtlich der Aufrechterhaltung des sportlichen Gleichgewichts zu bemerken, dass Ausländerklauseln, die die reichsten Vereine daran hindern würden, die besten ausländischen Spieler zu verpflichten, zur Erreichung dieses Zweckes nicht geeignet sind, da die Möglichkeit für diese Ver-

eine, die besten einheimischen Spieler einzustellen, die dieses Gleichgewicht ebenso beeinträchtigt, durch keine Regel eingeschränkt wird. (Rn. 135)

II. Transferregelung

1. Die in Rede stehenden Transferregeln gelten auch für die Wechsel von Spielern zwischen Vereinen, die im selben Mitgliedstaat unterschiedlichen nationalen Verbänden angehören, und die Wechsel zwischen Vereinen, die demselben nationalen Verband angehören, unterliegen entsprechenden Regeln. (Rn. 98)
2. Diese Regeln sind jedoch geeignet, die Freizügigkeit der Spieler, die ihre Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausüben wollen, dadurch einzuschränken, dass sie die Spieler sogar nach Ablauf der Arbeitsverträge mit den Vereinen, denen sie angehören, daran hindern oder davon abhalten, diese Vereine zu verlassen. (Rn. 99)
3. Die genannten Regeln beeinträchtigen nämlich die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, da sie vorsehen, dass ein Berufsfußballspieler seine Tätigkeit nicht bei einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen neuen Verein ausüben kann, wenn dieser Verein dem bisherigen Verein nicht die Transferentschädigung gezahlt hat, deren Höhe zwischen den beiden Vereinen vereinbart oder gemäß den Vorschriften der Sportverbände bestimmt wurde. (Rn. 100)
4. Die Transferregeln stellen folglich Beeinträchtigungen der Freizügigkeit der Arbeitnehmer dar, die grundsätzlich nach Art. 48 des Vertrages verboten sind. Anders wäre es nur dann, wenn diese Regeln einen mit dem Vertrag zu vereinbarenden berechtigten Zweck verfolgen würden und aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt wären. In diesem Fall müsste aber außerdem die Anwendung dieser Regeln geeignet sein, die Verwirklichung des verfolgten Zweckes zu gewährleisten, und dürfte nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zweckes erforderlich ist. (Rn. 104)
5. Die Anwendung der Transferregeln stellt kein geeignetes Mittel dar, um die Aufrechterhaltung des finanziellen und sportlichen Gleichgewichts in der Welt des Fußballs zu gewährleisten. Diese Regeln verhindern weder, dass sich die reichsten Vereine die Dienste der besten Spieler sichern, noch dass die verfügbaren finanziellen Mittel ein entscheidender Faktor beim sportlichen Wettkampf sind und dass das Gleichgewicht zwischen den Vereinen dadurch erheblich gestört wird. (Rn. 107)
6. Hinsichtlich des zweiten Zweckes ist einzuräumen, dass die Aussicht auf die Erlangung von Transfer-, Förderungs- oder Ausbildungsentschädigungen tatsächlich geeignet ist, die Fußballvereine zu ermutigen, nach Talenten zu suchen und für die Ausbildung der jungen Spieler zu sorgen. Da jedoch die sportliche Zukunft der jungen Spieler unmöglich mit Sicherheit vorhergesehen werden kann und sich nur eine begrenzte Anzahl dieser Spieler einer beruflichen Tätigkeit widmet, sind diese Entschädigungen durch ihren Eventualitäts- und Zufallscharakter gekennzeichnet und auf jeden Fall unabhängig von den tatsächlichen Kosten, die den Vereinen bei der Ausbildung sowohl der künftigen Berufsspieler als auch derjenigen, die nie Berufsspieler werden, entstehen. (Rn. 108, 109)

7. Schließlich kann dem Argument nicht gefolgt werden, dass die genannten Regeln erforderlich seien, um die Kosten auszugleichen, die den Vereinen durch die Zahlung von Entschädigungen bei der Einstellung ihrer Spieler entstanden seien, da dieses Argument darauf hinausläuft, die Beibehaltung von Beeinträchtigungen der Freizügigkeit der Arbeitnehmer durch die bloße Tatsache zu rechtfertigen, dass diese Beeinträchtigungen in der Vergangenheit möglich waren. (Rn. 113)

3.4.6 Fall Graf EuGH Slg. 2000, I-493

In dem Rechtsstreit zwischen dem deutschen Staatsangehörigen Volker Graf und der Filzmoser Maschinenbau GmbH mit Sitz in Wels (Österreich) ging es um die Weigerung des beklagten Arbeitgebers, dem Kläger Graf die von diesem gemäß § 23 des Angestelltengesetzes (AngG) beanspruchte Abfertigung (Kündigungsabfindung) zu zahlen, nachdem er selbst den Arbeitsvertrag mit der Beklagten gekündigt hatte, um in Deutschland eine Arbeit aufzunehmen. Nach § 23 Abs. 1 AngG gebührt dem Angestellten bei Auflösung des Dienstverhältnisses eine Abfindung. Diese beträgt das Zweifache des dem Angestellten für den letzten Monat des Dienstverhältnisses gebührenden Entgelts. Nach Abs. 7 besteht der Anspruch auf Abfertigung aber nicht, wenn der Angestellte selbst kündigt, wenn er ohne wichtigen Grund vorzeitig austritt und wenn ihn ein Verschulden an der vorzeitigen Entlassung trifft. Die Beklagte weigerte sich unter Berufung auf § 23 Abs. 7 AngG, dem Kläger die von diesem nach § 23 Abs. 1 AngG geforderte Abfertigung in Höhe von zwei Monatsentgelten zu zahlen. Der Kläger verklagte daraufhin seinen ehemaligen Arbeitgeber beim Landesgericht Wels auf Zahlung der Abfertigung. Er machte insbesondere geltend, dass § 23 Abs. 7 AngG gegen Art. 48 EG-Vertrag (nunmehr Art. 45 AEUV) verstoße. Er werde durch den Verlust des Abfindungsanspruchs an einer Arbeitsaufnahme in Deutschland gehindert. Das Landesgericht Wels wies die Klage ab und führte u. a. aus, dass § 23 Abs. 7 AngG keine durch Art. 48 EG-Vertrag verbotene Diskriminierung oder Beschränkung enthalte, denn diese Vorschrift schränke die grenzüberschreitende Mobilität nicht stärker ein als die Mobilität innerhalb Österreichs, und der Verlust einer Abfertigung in Höhe von zwei Monatsentgelten bewirke keine spürbare Beschränkung der Freizügigkeit. Der Kläger legte gegen das Urteil beim OLG Linz Berufung ein. Das Gericht hat das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob Art. 48 EG-Vertrag (nunmehr Art. 45 AEUV) einer nationalen Regelung entgegenstehe, nach der ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist, bei Beendigung seines Dienstverhältnisses nur deshalb keinen Abfertigungsanspruch hat, weil er dieses Dienstverhältnis durch Kündigung selbst aufgelöst hat, um in einem anderen Mitgliedstaat eine unselbständige Tätigkeit auszuüben.

Der EuGH ist der Auffassung, dass das Arbeitnehmerfreizügigkeitsrecht einer nationalen Regelung nicht entgegenstehe, nach der ein Arbeitnehmer, der das Arbeitsverhältnis selbst kündigt, um in einem anderen Mitgliedsstaat eine unselbständige Tätigkeit auszuüben, keinen Anspruch auf eine Abfindung hat. Die Regelung

über den Verlust der Abfindung wirke nur indirekt und betreffe auch Arbeitnehmer, die innerhalb des Mitgliedsstaates den Arbeitsplatz wechseln.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Art. 48 Abs. 2 EG-Vertrag (nunmehr Art. 45 Abs. 2 AEUV) bestimmt ausdrücklich, dass die Freizügigkeit der Arbeitnehmer die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen umfasst. (Rn. 14)
2. Im Übrigen verbietet der in Art. 48 EG-Vertrag (nunmehr Art. 45 AEUV) verankerte Grundsatz der Gleichbehandlung nicht nur offene Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch alle verschleierten Formen von Diskriminierung, die bei Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu demselben Ergebnis führen. Eine Regelung wie die, um die es im Ausgangsverfahren geht, ist unabhängig von der Staatsangehörigkeit des betroffenen Arbeitnehmers anwendbar. (Rn. 14, 15)
3. Des Weiteren versagt sie den Abfertigungsanspruch jedem Arbeitnehmer, der den Arbeitsvertrag selbst beendet, um eine unselbständige Tätigkeit bei einem neuen Arbeitgeber aufzunehmen, unabhängig davon, ob dieser seinen Sitz in demselben Mitgliedstaat wie der vorige Arbeitgeber oder in einem anderen Mitgliedstaat hat. Deshalb lässt sich nicht sagen, dass die Regelung ausländische Arbeitnehmer in stärkerem Maße berührt als inländische und deshalb vor allem die ersteren zu benachteiligen droht. (Rn. 16)
4. Art. 48 EG-Vertrag (nunmehr Art. 45 AEUV) verbietet nicht nur jede unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, sondern auch nationale Regelungen, die, auch wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer anwendbar sind, deren Freizügigkeit beeinträchtigen. (Rn. 18)
5. Auch unterschiedslos anwendbare Bestimmungen, die einen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats daran hindern oder davon abhalten, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, stellen daher Beeinträchtigungen dieser Freiheit dar. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn sie den Zugang der Arbeitnehmer zum Arbeitsmarkt beeinflussen. (Rn. 23)
6. Die Regelung in § 23 Abs. 7 AngG ist nicht geeignet, den Arbeitnehmer daran zu hindern oder davon abzuhalten, sein Arbeitsverhältnis zu beenden, um eine unselbständige Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber auszuüben, denn der Abfertigungsanspruch hängt nicht von der Entscheidung des Arbeitnehmers ab, ob er bei seinem derzeitigen Arbeitgeber bleibt oder nicht, sondern von einem zukünftigen hypothetischen Ereignis, nämlich einer späteren Beendigung des Arbeitsverhältnisses, die der Arbeitnehmer selbst weder herbeigeführt noch zu vertreten hat. (Rn. 24)
7. Ein derartiges Ereignis ist jedoch zu ungewiss und wirkt zu indirekt, als dass eine Regelung, die an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den

Arbeitnehmer selbst nicht dieselbe Rechtsfolge knüpft wie an eine Beendigung durch den Arbeitgeber, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer beeinträchtigen könnte. (Rn. 25)

3.5 Auswirkung auf die deutsche Rechtsordnung und die arbeitsrechtliche Praxis

Wie eingangs dargestellt, genießen Arbeitnehmer aus dem EU-Ausland nach Art. 7 Abs. 1 der VO (EU) 492/2011 (Freizügigkeits-Verordnung) die gleichen Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen wie Staatsangehörige des Mitgliedsstaates. Dieser Gleichbehandlungsgrundsatz wird nach Art. 7 Abs. 2 auf steuerliche und soziale Vergünstigungen (vgl. hierzu Kap. 4) ausgeweitet. Da es sich um eine Verordnung im Sinne von Art. 288 Abs. 2 AEUV handelt, sind die vorgenannten Regelungen unmittelbar geltendes Recht in den Mitgliedsstaaten.

3.5.1 Arbeitsrechtliche Gleichstellung nach Art. 7 Abs. 1 Freizügigkeits-Verordnung

Arbeitsrechtliche Schutzvorschriften für Wehrpflichtige gemäß des Arbeitsplatzschutzgesetzes finden nunmehr auch für Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedsstaaten Anwendung, die zum Wehrdienst in ihrem Heimatstaat einberufen werden. § 16 Abs. 6 Arbeitsplatzschutzgesetz sieht ausdrücklich eine Anwendung der entsprechenden Schutzvorschriften für in Deutschland beschäftigte EU-Ausländer vor. Zuvor hatte das BAG nach der EuGH-Entscheidung im Sinne des Klägers Ugliola entschieden und seinen Anspruch unmittelbar aus Art. 45 Abs. 2 AEUV (nunmehr Art. 48 Abs. 2 AEUV) sowie den sich aus der Freizügigkeits-VO ergebenden Gleichbehandlungsanspruch hergeleitet.[24]

3.5.2 Steuerrechtliche Gleichstellung nach Art. 7 Abs. 2 Freizügigkeits-Verordnung

In Anbetracht der fehlenden Steuerharmonisierung[25] auf europäischer Ebene werden sich Fälle wie Schumacker auch künftig kaum vermeiden lassen. Die fehlende Harmonisierung der steuerrechtlichen Regelungen wird notwendigerweise zur Folge haben, dass Inländer und EU-Ausländer im Hinblick auf Zahlung von Lohn- und Einkommenssteuer unterschiedlichen Voraussetzungen unterworfen sind.[26] Daher

[24] vgl. BAG 5 AZR 215/68 AP Nr. 3 zu Art. 177 EWG-Vertrag; ferner Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, S. 50.

[25] vgl. hierzu Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, S. 104–106; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 3 Rn. 35.

[26] vgl. Bockmann EuGH Slg. 1992, I-279; Erny EuGH NZA 2012, 863.

ist es nach wie vor die Aufgabe des EuGH, unter Rückgriff auf Art. 7 Abs. 1 der Freizügigkeits-Verordnung eine diskriminierende Behandlung in steuerlicher Hinsicht zu unterbinden. Streitfälle entstehen – wie im Fall Schumacker gesehen – in aller Regel dadurch, dass die in nationalen Rechtsordnungen vorgesehenen steuerlichen Privilegierungen für die Staatsbürger auf EU-Ausländer nicht übertragen werden. Der EU-Ausländer sieht sich daher in der Situation, dass die den Inländern gewährten Einkommenssteuervergünstigungen in seinem Fall nicht zur Anwendung kommen.[27]

3.5.3 Auswirkungen auf die Transfer-Regelungen der Sportverbände

Wie oben ausgeführt, hat der EuGH Im konkreten Fall eine Rechtfertigung für das als Beschränkung anzusehende Transfersystem aufgrund der Vereinsinteressen für nicht gegeben angesehen. Die dargestellten Transferregelungen galten bis zur EuGH-Entscheidung[28] auch in Deutschland. Die Entscheidung berührt allerdings nicht den Bereich des Amateurfußballs (siehe aber BGH unten) sowie Regelungen über den Vereinswechsel von Spielern aus Nicht-EU-Staaten.[29] Aufgrund der Satzungsregelungen des Deutschen Fußballbundes (DFB) waren alle Mitgliedsvereine an die Transferregelungen gebunden. Dies führte bei den Vereinen zu der häufig sehr unglücklichen Situation, satzungs- bzw. vereinsrechtlich zu etwas verpflichtet zu sein, was arbeits- bzw. europarechtlich unzulässig ist. nach dem EuGH-Urteil wurde die Transferpraxis aufgehoben. Mittlerweile gilt eine neue Transferregelung.[30]

Anzumerken wäre noch, dass der BGH die Entscheidungsgründe aus dem Fall Bosman auf Teile des Amateursports ausgedehnt hat. Nach einer Entscheidung vom 27. September 1999 sind Verpflichtungen zur Zahlung von Ausbildungs- bzw. Förderungsentschädigungen bei der Verpflichtung von Amateurspielern als sog. Vertragsamateure durch Vereine der Regionalliga wegen Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG nichtig. Auch solche Regelungen seien geeignet, einen interessierten Verein davon abzuhalten, Amateure anderer Vereine als Vertragsamateure zu übernehmen. Hierin liege eine Verletzung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl nach Art. 12 Abs. 1 GG.[31]

---

[27] vgl. hierzu u. a. Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, S. 104, 105.

[28] vgl. zur Auswirkung des Bosman-Urteils u. a. Winfried, AöR 122 (1997) 557; Oberthür NZA 2003, 462.

[29] vgl. Schlachter Casebook Europäisches Arbeitsrecht, S. 74; vgl. zum unbeschränkten Einsatz slowakischer Handballspieler in deutschen Ligen Kolpak EuGH NZA 2003, 845.

[30] vgl. Schlachter Casebook Europäisches Arbeitsrecht, S. 74; ferner Oberthür NZA 2003, S. 462.

[31] vgl. BGH NJW 1999, S. 3552.

3.5.4 Unterscheidung Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot

Der Fall Bosman veranschaulicht zudem den Unterschied zwischen einer Diskriminierung nach Art. 45 Abs. 2 AEUV und einer Beschränkung nach Art. 45 Abs. 1 AEUV. Die in den nationalen Fußballligen bis zur Bosman-Entscheidung üblichen Ausländerklauseln – Begrenzung der Anzahl der im Spiel eingesetzten EU-Ausländer – stellen eine unzulässige Diskriminierung wegen Staatsangehörigkeit dar. Dagegen haben die für alle Spieler geltenden Transferregelungen nur beschränkende Wirkung nach Art. 45 Abs. 1 AEUV und können auch durch übergeordnete Allgemeininteressen grundsätzlich gerechtfertigt sein, was der EuGH aber im konkreten Fall abgelehnt hat.

Im Gegensatz dazu hat der EuGH in der Graf-Entscheidung festgestellt, dass der gesetzlich vorgesehene Ausschluss eines Abfertigungs- bzw. Abfindungsanspruchs aufgrund einer Eigenkündigung des Arbeitnehmers bereits tatbestandlich kein Beschränkungsverbot darstellt. Es kann dahingestellt bleiben, ob die vom EuGH genannten Kriterien „zu ungewiss" oder „zu indirekt" geeignet sind, um ein Beschränkungsverbot abzulehnen.[32] Es dürfte rechtsdogmatisch entscheidend sein, dass Herr Graf bei Arbeitsaufnahme noch gar keinen Anspruch auf Zahlung einer Abfertigung bzw. Abfindung hatte, da die Umstände zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses tatsächlich ungewiss sind. Dagegen war im Fall Bosman absehbar, dass die seinerzeit beschränkenden Transferregelungen für alle Spieler auch bei einem Wechsel zur Anwendung kommen würden. Dem Spieler war bekannt, dass er nur dann zu einem anderen Verein wechseln konnte, wenn dieser die entsprechenden Ablösezahlungen leistete bzw. die Voraussetzungen für eine Ablösefreiheit vorlagen.

[32] vgl. hierzu kritisch Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, Rn. 60, 61.

4 Art. 45 AEUV als Teilhaberecht an sozialen Vergünstigungen

►
- Verordnung (EU) Nr. 492/2011 (Freizügigkeits-Verordnung)[1] (siehe Abb. 2.1)
- Richtlinie 2004/38/EG (RL über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten)[2] (siehe Abb. 2.2)
- Verordnung (EG) 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit[3] (siehe Abb. 4.1)
- Verordnung (EG) 987/2009 zur Festlegung der Modalitäten und Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit[4] (siehe Abb. 4.2)

Damit die Arbeitnehmerfreizügigkeit ihre Wirkung entfalten kann, ist auch eine Gleichbehandlung von EU-Arbeitnehmern in sozialer Hinsicht erforderlich. Die Freizügigkeit würde ohne Wirkung sein, wenn Arbeitnehmer durch die „Wanderung" von einem Mitgliedsstaat in einen anderen in Bezug auf die soziale Absicherung Nachteile erleiden.[5] Daher müssen sozialstaatliche Vergünstigungen und Ansprüche sowohl inländischen Arbeitnehmern als auch Arbeitnehmern aus dem EU-Ausland zu Gute kommen.[6] Aus diesem Grund sieht Art. 48 AEUV vor, dass das EU-Parlament und der Rat auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit für die Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren die notwendigen Maßnahmen beschließt. Ein Teilhaberecht an sozialen Leistungen lässt sich dabei aber nicht nur aus dem Freizügigkeitsrecht nach Art. 45 AEUV, son-

[1] ABl. Nr. L 141 S. 1.

[2] ABl. Nr. L 158 S. 77, ber. ABl. Nr. L 229 S. 35.

[3] ABl. Nr. L 166 S. 1, ber. ABl. Nr. L 2004 S. 1 und ABl. 2007 Nr. L 204 S. 30.

[4] ABl. Nr. L 284 S. 1.

[5] vgl. Waltermann/Kempfer DB 2006, 893; Frenz ZESAR 2011, 307.

[6] vgl. Kolmhuber in Nägele, EG-Arbeitsrecht in der deutschen Praxis, S. 63; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, S. 72, 73; Fuchs NZA 2005, Beilage 2, S. 97, 98.

P. Hantel, *Europäisches Arbeitsrecht,* Springer-Lehrbuch,
DOI 10.1007/978-3-662-46894-4_4

dern auch aus dem Diskriminierungsverbot wegen Staatsangehörigkeit nach Art. 18 AEUV herleiten.[7] Sekundärrechtliche Regelungen zur Frage der Gleichbehandlung in sozialen Angelegenheiten finden sich insbesondere in der bereits angesprochenen Freizügigkeits-Verordnung sowie in den nachfolgend noch zu behandelnden Richtlinien zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit.

4.1 Gleichbehandlungsgrundsatz bei sozialen Vergünstigungen nach Art. 7 Abs. 2 VO (EU) 492/2011

Nach Art. 7 Abs. 2 VO (EU) 492/2011 genießt ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eine Mitgliedsstaates ist, die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer.[8] Er kann mit dem gleichen Recht und unter den gleichen Bedingungen wie inländische Arbeitnehmer Berufsschulen und Umschulungszentren in Anspruch nehmen, Art. 7 Abs. 3 VO (EU) 492/2011. Die entsprechenden Ansprüche ergeben sich nach Art. 10 VO (EU) 492/2011 auch für Kinder eines Staatsangehörigen eines Mitgliedsstaates, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaates beschäftigt ist oder beschäftigt gewesen ist.[9] Praktisch relevant werden die Fragen nicht nur im Zusammenhang mit dem Anspruch auf Arbeitslosen- und Sozialhilfe[10], sondern auch bei Ansprüchen auf Förderung einer Ausbildung an einer weiterführenden Schule oder einer Universität.[11]

4.2 Erfordernis einer Koordinierung der sozialen Systeme nach VO (EG) Nr. 883/2004

Eine ungehinderte Wahrnehmung des Freizügigkeitsrechts erfordert darüber hinaus eine Koordinierung der sozialen Sozialversicherungssysteme. Der Zugang zum Arbeitsmarkt anderer Mitgliedsstaaten wäre erschwert, wenn ein Arbeitnehmer bei einem Wechsel in einen anderen Mitgliedsstaat sozialversicherungsrechtliche Nachteile befürchten müsste.[12] Die primärrechtliche Regelung des Art. 48 AEUV enthält daher die Ermächtigung zur Einführung eines Systems, welches den die Freizügigkeit wahrnehmenden Arbeitnehmern und ihren anspruchsberechtigten Angehörigen die Berücksichtigung aller sozialversicherungsrechtlich relevanten Zeiten erhält. Auf Grundlage von Art. 48 AEUV sind die Verordnung (EG) 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und die Verordnung (EG) 987/2009 zur Feststellung der Modalitäten und Koordinierung der Systeme der so-

[7] vgl. Frenz ZESAR 2011, 307.

[8] vgl. hierzu Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, S. 96 ff.

[9] vgl. Michel S. EuGH Slg. 1973, 457.

[10] vgl. Vatsouras/Koupatantze EuGH Slg. 2009, I-4585; Wendtland ZESAR 2010, 355.

[11] vgl. Echternach EuGH Slg. 1989, 723.

[12] vgl. Kolmhuber in Nägele, EG-Arbeitsrecht in der deutschen Praxis, S. 63; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, S. 72, 73; Fuchs NZA 2005, Beilage 2, S. 97, 98; Waltermann/Kempfer a. a. O.

zialen Sicherheit geschaffen worden. Bei der Verordnung (EG) Nr. 883/104 handelt es sich um eine zentrale Vorschrift des koordinierenden EU-Sozialrechts.[13] Da es sich bei der Koordinierung der sozialen Sicherungssysteme schwerpunktmäßig um Fragen des Kollisionsrechts handelt, werden die hierbei relevanten Fragestellungen in einem gesonderten Kapitel zum Kollisionsrecht behandelt (siehe Kap. 19).

4.3 Praktische Fallbeispiele

Die nachfolgenden Fallbeispiele behandeln daher die Frage einer Diskriminierung von Arbeitnehmern bzw. ihren Familienangehörigen bei der Geltendmachung von sozialen Vergünstigungen.[14] Dabei wird auch eine Entscheidung zu der rechtspolitisch besonders umstrittenen Fragen des Anspruchs auf Sozialhilfe bei nur kurzer beruflicher Tätigkeit in einem Mitgliedsstaat dargestellt.[15]

4.3.1 Fall Michel S. EuGH Slg. 1973, 457

M und sein Vater besitzen die italienische Staatsangehörigkeit. Der Vater von M arbeitet in Belgien. Aufgrund seiner stark verminderten geistigen Fähigkeit hat M bislang nie gearbeitet. Seine Beschäftigungschancen sind auch gering. Der Vater von M beantragt für diesen bei den belgischen Behörden die staatliche Förderung der Beschäftigungseignung seines Sohnes. Auf solche Förderungen haben nach der belgischen Rechtslage nur belgische Behinderte einen Rechtsanspruch, so dass der Antrag abgewiesen wurde. Auf die daraufhin erhobene Klage legte das Tribunal du Travail Brüssel dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob das belgische Gesetz über die soziale Wiedereingliederung von Behinderten auch für Kinder von Arbeitnehmern aus anderen Mitgliedsstaaten zur Anwendung kommt, wenn diese in Belgien tätig sind.

Nach Auffassung des EuGH gebietet der Grundsatz der Gleichbehandlung nach Art. 45 Abs. 2 AEUV sowie die Freizügigkeits-VO, dass die berufliche Förderung eines behinderten, nicht inländischen Angehörigen eines europäischen Arbeitnehmers nicht schlechter gestellt werden darf als die Förderung eines inländischen Behinderten.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Nach Art. 7 der Freizügigkeits-VO Nr. 1612/68 (nunmehr Art. 7 Abs. 1 VO (EU) 491/2011) darf ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitglied-

[13] Durch die Verordnung soll das internationale Sozialrecht der Mitgliedsstaaten dahingehend vereinheitlicht werden, dass auf die von der Verordnung erfassten Arbeitnehmer und ihre Angehörigen stets nur das Sozialversicherungsrecht eines Mitgliedsstaates anwendbar ist; Heuschmid/Schierle in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht 2015, § 5 Rn. 34.

[14] vgl. Michel S. EuGH Slg. 1973, 457; Echternach EuGH Slg. 1989, 723.

[15] vgl. Vatsouras und Koupatantze EuGH Slg. 2009, I-4585.

staats ist, aufgrund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, Kündigung und, falls er arbeitslos geworden ist, im Hinblick auf berufliche Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung, nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer. (Rn. 6/10)

2. Nach den Absätzen 2 und 3 des gleichen Artikels genießt ein solcher Arbeitnehmer im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten die gleichen sozialen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer und kann mit dem gleichen Recht und unter den gleichen Bedingungen wie die inländischen Arbeitnehmer Berufsschulen und Umschulungszentren in Anspruch nehmen. (Rn. 6/10)
3. Laut Art. 12 der Freizügigkeits-Verordnung Nr. 1612/68 (nunmehr Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011) können die Kinder eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt ist oder beschäftigt gewesen ist, wenn sie im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats wohnen, unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teilnehmen. (Rn. 12/15)
4. Nach alledem ist Art. 12 der Freizügigkeits-Verordnung Nr. 1612/68 (nunmehr Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011) so zu verstehen, dass er Maßnahmen einschließt, die in innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehen sind, mit denen es den Behinderten ermöglicht wird, ihre Eignung für eine Beschäftigung herzustellen oder zu verbessern, und die somit die Berufsberatung, -ausbildung und –Umschulung dieser Behinderten zum Gegenstand haben. (Rn. 16)

4.3.2 Fall Echternach EuGH Slg. 1989, 723

M ist deutscher Staatsangehöriger. Sein Vater arbeitete zunächst in den Niederlanden und ließ sich dann aufgrund seiner Versetzung mit seinem Sohn in Deutschland nieder. Zuvor nahm M ein Studium an einer niederländischen Hochschule auf. Nachdem M in Deutschland keinen Studienplatz erhalten hat, kehrte er an eine niederländische Hochschule zurück und erhielt für die Dauer seines Studiums die Aufenthaltserlaubnis. Sein Begehren auf Studienfinanzierung lehnten die niederländischen Behörden mit der Begründung ab, dass er sich nur zum Zwecke des Studiums in den Niederlanden aufgehalten habe. M beruft sich auf die Gleichbehandlung nach Art. 45 Abs. 2 AEUV sowie die Freizügigkeits-VO. Der zuständige niederländische Streitsachenausschuss für Studienfinanzierung legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob ein Kind eines Arbeitnehmers eines anderen Mitgliedsstaates einen Anspruch auf Studienförderung hat, wenn sein Vater in sein Heimatland zurückgekehrt ist.

Der EuGH sah im vorliegenden Fall den Grundsatz der Gleichbehandlung nach Art. 45 Abs. 2 AEUV als verletzt an, der auch für Familienangehörige gilt. Diese Grundsätze kommen sowohl für das Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen als

auch für Leistungen zur Studienfinanzierung zur Anwendung. M sei genauso zu behandeln, wie niederländische Studenten.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Nach Art. 12 der Freizügigkeits-Verordnung Nr. 1612/68 (nunmehr Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011) können die Kinder eines EG-Arbeitnehmers unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen des Aufnahmelandes am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teilnehmen. (Rn. 28)
2. Da sich die Gleichbehandlung hinsichtlich der Kinder von EG-Arbeitnehmern somit auf jede Form von Unterricht sowohl berufs- als auch allgemeinbildender Art erstreckt, bedarf es im vorliegenden Fall nicht der Prüfung, ob der bezeichnete Unterricht der Berufsausbildung dient oder nicht. (Rn. 29)
3. Art. 12 der Verordnung Nr. 1612/68 (nunmehr Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011), wonach die Kinder von EG-Arbeitnehmern unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen des Aufnahmelandes zum Unterricht zugelassen sind, zielt nicht nur auf die Zulassungsbedingungen im eigentlichen Sinne, sondern auch auf die allgemeinen Maßnahmen ab, die die Teilnahme am Unterricht erleichtern sollen. (Rn. 33)
4. Außerdem ist eine Förderung, die für den Lebensunterhalt und die Ausbildung an einer weiterführenden Schule oder das sich daran anschließende Studium gewährt wird, als eine soziale Vergünstigung im Sinne der Freizügigkeits-Verordnung anzusehen, die den Wanderarbeitnehmern unter den gleichen Bedingungen zusteht wie den eigenen Staatsangehörigen. Dieser Grundsatz muss auch für die Kinder dieser Arbeitnehmer gelten, wenn sie gemäß Art. 12 (nunmehr Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011) dieser Verordnung am Unterricht im Aufnahmelandteilnehmen, da diese Bestimmung bei jeder anderen Auslegung oft völlig wirkungslos würde. (Rn. 34)

4.3.3 Fall Vatsouras/Koupatantze EuGH Slg. 2009, I-4585[16]

Der griechische Staatsbürger V kam im März 2006 nach Deutschland. Am 10. Juli 2006 beantragte der beim Arbeitsamt Leistungen nach dem SGB II. Das Arbeitsamt bewilligte Leistungen bis zum 30. November 2006. Das von V im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit erzielte Einkommen wurde von der Leistung abgezogen, so dass diese sich auf monatlich 169,00 € belief. Ende Januar 2007 endete die berufliche Tätigkeit von V. Mit Bescheid vom 18. April 2007 hob das Arbeitsamt die Leistungen mit Wirkung vom 30. April 2007 auf. Es begründete dies damit, dass die Erwerbstätigeneigenschaft nach Art. 7 Abs. 3 c Richtlinie 2004/38 (Unionsbürger-Richtlinie) im Falle der Nichterwerbstätigkeit bzw. Arbeitslosigkeit nur für sechs Monate aufrechtzuerhalten sei. Damit entfalle die Leistungsberechtigung nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II.

[16] siehe auch EuZW 2009, 702; DVBl 2009, 972; DÖV 2009, 634.

Der griechische Staatsbürger K reiste im Oktober 2006 nach Deutschland ein und nahm am 1. November 2006 eine Arbeitsstelle an. Sein Arbeitsverhältnis endete am 21. Dezember 2006 nach Kündigung durch den Arbeitgeber wegen Auftragsmangel. Am 22. Dezember 2006 beantragte K beim Arbeitsamt Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende nach dem SGB II. Mit Bescheid vom 15. Januar 2007 wurden ihm Leistungen bis 28. April 2007 gewährt. Eine weitergehende Gewährung wurde abgelehnt. Dabei beruft sich das Arbeitsamt auf Art. 7 Abs. 3 c sowie auch auf Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 (Unionsbürger-Richtlinie), wonach ein Aufnahmemitgliedsstaat nicht verpflichtet ist, Arbeitssuchenden während eines längeren Zeitraums – hier länger als sechs Monate – der Arbeitssuche Sozialhilfe zu gewähren.

V und K klagen wegen der Nichtgewährung von Sozialhilfe vor dem Sozialgericht Nürnberg. Dieses hat in beiden Fällen eine nur kurze und nicht existenzsichernde geringfügige Beschäftigung festgestellt und dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 und § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II, die Sozialhilfeleistungen ausschließen, mit dem Recht der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 39 EG (nunmehr Art. 45 AEUV) und dem Diskriminierungsverbot wegen Staatsangehörigkeit nach Art. 12 EG (nunmehr Art. 18 AEUV) vereinbar seien.

Der EuGH führt aus, dass es legitim sei, wenn ein Mitgliedsstaat Sozialhilfe erst gewährt, nachdem das Bestehen einer tatsächlichen Verbindung des Arbeitssuchenden mit dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedsstaates festgestellt wurde. Das Bestehen einer solchen Verbindung kann sich unter anderem aus der Feststellung ergeben, dass der Betroffene während eines angemessenen Zeitraums tatsächlich eine Beschäftigung in dem Aufnahmemitgliedsstaat gesucht hat. Im Ergebnis sei es Sache der zuständigen nationalen Behörden und Gerichte, eine solche Verbindung mit dem Arbeitsmarkt festzustellen.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Weder die begrenzte Höhe der Vergütung noch die Herkunft der Mittel für diese Vergütung kann irgendeine Auswirkung auf die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Gemeinschaftsrechts haben. Dass die Bezahlung einer unselbständigen Tätigkeit unter dem Existenzminimum liegt, hindert nicht, die Person, die diese Tätigkeit ausübt, als Arbeitnehmer im Sinne des Art. 39 EG (nunmehr Art. 45 AEUV) anzusehen, selbst wenn der Betroffene die Vergütung durch andere Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts wie eine aus öffentlichen Mitteln des Wohnortmitgliedstaats gezahlte finanzielle Unterstützung zu ergänzen sucht. (Rn. 27, 28)
2. Zudem führt hinsichtlich der Dauer der ausgeübten Tätigkeit der bloße Umstand, dass eine unselbständige Tätigkeit von kurzer Dauer ist, als solcher nicht dazu, dass diese Tätigkeit vom Anwendungsbereich des Art. 39 EG (nunmehr Art. 45 AEUV) ausgeschlossen ist. Folglich lässt sich unabhängig von der begrenzten Höhe der Vergütung und der kurzen Dauer der Berufstätigkeit nicht ausschließen, dass diese aufgrund einer Gesamtbewertung des

betreffenden Arbeitsverhältnisses von den nationalen Stellen als tatsächlich und echt angesehen werden kann. (Rn. 29, 30)

3. Sollte das vorlegende Gericht hinsichtlich der von V und K ausgeübten Tätigkeiten zu einem solchen Ergebnis gelangen, wäre deren Erwerbstätigeneigenschaft während mindestens sechs Monaten aufrechterhalten geblieben. Solche Tatsachenwürdigungen fallen jedoch allein in den Verantwortungsbereich des innerstaatlichen Gerichts. Sollten V und K die Erwerbstätigeneigenschaft behalten haben, hätten sie während des genannten Sechsmonatszeitraums nach Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38 Anspruch auf Leistungen wie die nach dem SGB II gehabt. (Rn. 31, 32)
4. Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 sieht eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz vor. Nach dieser Bestimmung ist der Aufnahmemitgliedstaat nicht verpflichtet, u. a. Arbeitsuchenden während des längeren Zeitraums, während dessen sie dort ein Aufenthaltsrecht haben, einen Anspruch auf Sozialhilfe zu gewähren. (Rn. 34, 35)
5. Die Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, die in einem anderen Mitgliedstaat eine Beschäftigung suchen, fallen in den Anwendungsbereich von Art. 39 EG (nunmehr Art. 45 AEUV) und haben daher Anspruch auf die in Abs. 2 dieser Bestimmung vorgesehene Gleichbehandlung. Außerdem ist es angesichts der Einführung der Unionsbürgerschaft und der Auslegung, die das Recht der Unionsbürger auf Gleichbehandlung in der Rechtsprechung erfahren hat, nicht mehr möglich, vom Anwendungsbereich des Art. 39 Abs. 2 EG (nunmehr Art. 45 Abs. 2 AEUV) eine finanzielle Leistung auszunehmen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats erleichtern soll. (Rn. 36, 37)
6. Es ist jedoch legitim, dass ein Mitgliedstaat eine solche Beihilfe erst gewährt, nachdem das Bestehen einer tatsächlichen Verbindung des Arbeitsuchenden mit dem Arbeitsmarkt dieses Staates festgestellt wurde. Das Bestehen einer solchen Verbindung kann sich u. a. aus der Feststellung ergeben, dass der Betroffene während eines angemessenen Zeitraums tatsächlich eine Beschäftigung in dem betreffenden Mitgliedstaat gesucht hat. (Rn. 38, 39)
7. Finanzielle Leistungen, die unabhängig von ihrer Einstufung nach nationalem Recht den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, können allerdings nicht als „Sozialhilfeleistungen" im Sinne von Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 angesehen werden. (Rn. 45)
8. Folglich können sich die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten, die auf Arbeitsuche in einem anderen Mitgliedstaat sind und tatsächliche Verbindungen mit dem Arbeitsmarkt dieses Staates hergestellt haben, auf Art. 39 Abs. 2 EG (nunmehr Art. 45 Abs. 2 AEUV) berufen, um eine finanzielle Leistung in Anspruch zu nehmen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern soll. (Rn. 40)
9. Es ist Sache der zuständigen nationalen Behörden und gegebenenfalls der innerstaatlichen Gerichte, nicht nur das Vorliegen einer tatsächlichen Verbindung mit dem Arbeitsmarkt festzustellen, sondern auch die grundlegenden Merkmale dieser Leistung zu prüfen, insbesondere ihren Zweck und die Voraussetzungen ihrer Gewährung. (Rn. 41)

10. Eine Voraussetzung wie die in § 7 Abs. 1 SGB II enthaltene, wonach der Betroffene erwerbsfähig sein muss, könnte ein Hinweis darauf sein, dass die Leistung den Zugang zur Beschäftigung erleichtern soll. Auf jeden Fall ist die Ausnahme nach Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 im Einklang mit Art. 39 Abs. 2 EG (nunmehr Art. 45 Abs. 2 AEUV) auszulegen. (Rn. 43, 44)

4.4 Auswirkung auf die deutsche Rechtsordnung und die arbeits- und sozialrechtliche Praxis

In der Verwaltungspraxis stellen sich daher in allen Bereichen des SGB Fragen eines Rechtsanspruchs von EU-Ausländern und ihren Familienangehörigen auf Leistungen und entsprechende Fördermaßnahmen. Gleiches gilt für Ansprüche entsprechender Personengruppen auf Leistungen nach dem BAföG.

4.4.1 Gleichbehandlung bei sozialen Vergünstigungen

Aus den Fällen Michel und Echternach wird deutlich, dass Arbeitnehmern und ihren Familienangehörigen nach Art. 7 Abs. 2 u. 3 Verordnung (EU) 492/2011 die gleichen sozialen Vergünstigungen zustehen, wie inländischen Arbeitnehmern. Praktisch relevant ist insbesondere auch das Recht, Berufsschulen und Umschulungszentren in Anspruch zu nehmen. Dieser Anspruch erstreckt sich daher auch auf überbetriebliche Berufsausbildungs- und Weiterbildungsmaßnahmen nach dem SGB II und III.

Im Zusammenhang mit der Studienförderung stehen zudem Leistungen nach dem BAföG auch Studierenden aus dem EU-Ausland zu, wenn ihre Eltern in Deutschland berufstätig sind, § 8 Abs. 1 Nr. 2 – 5 BAföG. Für den Fall, dass eine Arbeitnehmerin aus dem EU-Ausland arbeitslos wird, hatte der EuGH schon 1988 entschieden, dass Leistungen nach dem BAföG als soziale Vergünstigung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 der Freizügigkeits-VO anzusehen seien. Sofern die Antragstellerin weiterhin als Arbeitnehmerin anzusehen sei, wovon bei einer unfreiwilligen Arbeitslosigkeit ausgegangen werden kann, hat sie auch Anspruch auf BAföG. Voraussetzung ist aber, dass zwischen der früheren Berufstätigkeit und dem Studium eine gewissen Kontinuität besteht, wovon auszugehen ist, wenn der Arbeitsmarkt eine entsprechende universitäre Umschulung in einen anderen Berufszweig nahelegt.[17]

[17] vgl. Lair/Universität Hannover EuGH Slg. 1988, 3161; Schütz u. a., Casebook Europarecht, S. 634; vgl. auch zu dem Problem von Studiengebühren: Gravier EuGH Slg. 1985, 593.

4.4.2 Anspruch auf Sozialhilfe bei Integration im leistungsverpflichtenden Staat

Zu der rechtspolitisch besonders relevanten Frage des Anspruchs auf Sozialhilfe ist in diesem Zusammenhang zunächst auf die nationalen Regelungen von § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II und § 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII zu verweisen. Aus diesen Vorschriften ergibt sich der Grundsatz, dass Ausländer – auch EU-Ausländer – die nach Deutschland einreisen, um Sozialhilfe zu erlangen, nicht anspruchsberechtigt sind.[18] Auch ergibt sich aus Art. 7 Abs. 3 c, Art. 14 Abs. 1 sowie Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 (Unionsbürger-Richtlinie), wie im Fall Vatsouras/Koupatantze[19] gesehen, dass Aufnahmemitgliedsstaaten nicht in jedem Fall verpflichtet sind, Arbeitssuchende während eines längeren Zeitraums der Arbeitssuche Sozialhilfe zu gewähren.

Letztlich dürfte aufgrund der Entscheidung Vatsouras/ Koupatantze maßgeblich sein, ob die anspruchsstellende Person als Arbeitnehmer anzusehen ist und unter welchen Voraussetzungen dieser Status bei längerer Arbeitslosigkeit entfällt.[20] Sofern kein Arbeitnehmer-Status mehr gegeben ist, handelt es sich nicht mehr um eine Frage der Freizügigkeit, sondern um eine Frage des Unionsbürgerrechts nach Art. 18 AEUV.[21] Ob ein völliger Ausschluss von EU-Ausländern von Sozialhilfeleistungen mit dem Freizügigkeitsrecht nach Art. 45 AEUV oder dem Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV vereinbar ist, soll in diesem Zusammenhang wegen des eher sozialrechtlichen Inhaltes nicht weiter erörtert werden.[22] Gleichwohl kann der oben genannten Entscheidung entnommen werden, dass der Zugang zu Sozialhilfeleistungen von EU-Ausländern eine tatsächliche Verbindung oder einen gewissen Grad an Integration im leistungsverpflichtenden Staat voraussetzt.[23]

Auch müsste – was in diesem Kontext wegen des sozialrechtlichen Schwerpunktes nicht vertieft werden soll – geprüft werden, ob es sich bei der beantragten Leistung tatsächlich um Sozialhilfe oder um Zuwendungen handelt, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen. Im letzteren Fall wäre ein Ausschluss von einer Leistungsgewährung auch nach längerer Arbeitslosigkeit mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht vereinbar. Diese Feststellungen haben aber die nationalen Behörden und Gerichte zu treffen.

[18] vgl. hierzu Greiser ZESAR 2014, 18; Sokolowski ZESAR 2011, 373; Fuchs NZA 2005, Beilage 2, S. 97.

[19] vgl. Vatsouras und Koupatantze EuGH Slg. 2009, I-4585; ferner Schreiber DVBl. 2009, 973.

[20] vgl. hierzu Greiser ZESAR 2014, 18.

[21] vgl. hierzu Greiser a. a. O.; Frenz ZESAR 2011, 307; Heinig ZESAR 2008, 465; Papp NVwZ 2009, 87.

[22] vgl. hierzu Greiser a. a. O.; Sokolowski a. a. O.; Fuchs a. a. O.

[23] vgl. Vatsouras und Koupatantze EuGH Slg. 2009, I-4585; ferner Greiser a. a. O.; Frenz a. a. O.; Schreiber a. a. O.

1. Primärrechtliche Kompetenznorm Art. 48 AEUV	- Notwendige Maßnahmen auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit - zur Herstellung und Förderung der Arbeitnehmerfreizügigkeit.
2. Ziel (Erwägungsgründe 1, 9, 10, 13, 35)	- Verbesserung des Lebensstandards und der Arbeitsbedingungen als Teil der freien Personenverkehrs, - Vermeidung von Versicherungslücken durch Wahrung von Ansprüchen und Vorteilen, - Vermeidung von Doppelversicherungen oder Doppelleistungen
3. Persönlicher Anwendungsbereich (Art. 2)	Unionsbürger, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnsitz in einem Mitgliedsstaat (Arbeitnehmereigenschaft nicht erforderlich)
4. Sachlicher Anwendungsbereich (Art. 3) für beitragsabhängige und –unabhängige Geldleistungen	- Leistungen bei Krankheit - Leistungen bei Mutterschaft und gleichgestellte Leistungen bei Vaterschaft - Leistungen bei Invalidität - Leistungen bei Alter - Leistungen bei Arbeitsunfällen/Berufskrankheiten - sonstige Leistungen an Familien und Hinterbliebene - Ansprüche auf Sozialhilfe (Einschränkung durch Art. 70)
5. Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 4)	Personen haben aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaates die gleichen Rechte und Pflichten wie Angehörige dieses Staates
6. Grundsätze der Koordinierung (Art. 5 – 7)	- Gleichstellung von Sachverhalten und Ereignissen zur Begründung und Aufrechterhaltung eines Leistungsanspruchs, Art. 5 - Zusammenrechnung von Versicherungs- und Beschäftigungszeiten zur Begründung und Aufrechterhaltung eines Leistungsanspruchs, Art. 6 - Aufhebung der Wohnortklausel; keine Abhängigkeit von Ansprüchen der sozialen Sicherheit vom jeweiligen Wohnsitz, Art. 7
7. Bestimmung des anwendbaren Rechts (Art. 11)	- Beschäftigungslandprinzip als allgemeiner Grundsatz - Wohnsitzlandprinzip als Ausnahme bei Leistungen wegen Arbeitslosigkeit - nachrangiges Zuständigkeitsprinzip am Arbeitgebersitz, wenn Tätigkeit regelmäßig in zwei oder mehr Mitgliedsstaaten ausgeübt wird
8. Spezialregelungen für beitragsunabhängige Geldleistungen (Sozialhilfe) (Art. 70)	- Keine Aufhebung der Wohnortklausel, Art. 70 Abs. 3 - Leistungen werden nur in dem Mitgliedsstaat, in dem die betreffende Person wohnt, und nach dessen Rechtsvorschriften gewährt, Art. 70 Abs. 4

Abb. 4.1 VO (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit

1. Primärrechtliche Kompetenznorm Art. 48 AEUV	- Notwendige Maßnahmen auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit - zur Herstellung und Förderung der Arbeitnehmerfreizügigkeit.
2. Ziel (Erwägungsgründe 5 u. 23)	- Reibungsloser Ablauf und effiziente Handhabung der komplexen Verfahren zur Umsetzung der VO (EG) Nr. 883/2004, - Verabschiedung von Koordinierungsmaßnahmen zur wirksamen Ausübung des Rechts auf Freizügigkeit
3. Umfang und Modalitäten des Datenaustauschs (Art. 2, 3)	- Notwendigkeit des Austauschs zwischen den Behörden und Trägern der Mitgliedsstaaten und den Personen, die der VO (EG) Nr. 883/2004 unterliegen, - Verpflichtung zur unverzüglichen Ausstellung der erforderlichen Daten und Dokumente
4. Grundsätze des Datenaustauschs (Art. 2, 3)	- Effizienz, - aktive Unterstützung, - rasche Bereitstellung, - Zugänglichkeit einschließlich elektronischer Zugänglichkeit
5. Rechtswirkungen der ausgestellten Dokumente und Belege (Art. 5)	- Von einem Mitgliedsstaat ausgestellte Dokumente sind vom Träger anderer Mitgliedsstaaten als verbindlich anzusehen, - bei Zweifeln an der Gültigkeit ist der Träger des ausstellenden Mitgliedsstaates zu informieren, - sofern die beteiligten Träger keine Einigung erzielen, ist die nach der VO zu gründende Verwaltungskommission anzurufen
6. Sonstige Grundsätze der Koordinierung (Art. 10, 12)	- Verbot des Zusammentreffens von Leistungen, die von zwei oder mehr Mitgliedsstaaten geschuldet werden, - Grundsatz der Zusammenrechnung von zurückgelegten Versicherungszeiten

Abb. 4.2 VO (EG) Nr. 987/2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der VO (EG) Nr. 883/2004

5 Unmittelbare und mittelbare Entgeltdiskriminierung nach Art. 157 AEUV

▶ • Richtlinie 2006/54/EG (Richtlinie zur Verwirklichung der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen)[1] (siehe Abb. 5.1)

Nach Art. 157 AEUV hat jeder Mitgliedsstaat die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgeltes für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicherzustellen. Das Gebot des gleichen Entgeltes für Männer und Frauen richtet sich nach seinem Wortlaut zunächst an die Mitgliedsstaaten. Diese werden verpflichtet, diesen Grundsatz des Unionsrechts umzusetzen.[2] Das Diskriminierungsverbot enthält aber auch eine unmittelbare horizontale Wirkung mit dem Inhalt, dass diese Regelung auch zwischen privaten Rechtssubjekten Anwendung findet. Insoweit gilt der vorgenannte Grundsatz unmittelbar auch für die Arbeitsvertragsparteien und für Tarifvertragsparteien.[3]

5.1 Die Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen in Bezug auf das Arbeitsentgelt

Die aufgrund Art. 19 AEUV erlassene Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit von Männern und Frauen in Arbeitsfragen stellt eine Ergänzung zu dem primärrechtlichen Diskriminierungsverbot nach

[1] ABl. Nr. L 204 S. 23.

[2] vgl. Rinke EuGH Slg. 2003, I-8349; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 9 Rn. 2, 3; Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, S. 228, 229.

[3] vgl. Jenkins EuGH Slg. 1981, 911; Lewen EuGH Slg. 1999, I-7243; Nimz EuGH Slg. 1991, I-297; Riesenhuber a. a. O.; Schiek a. a. O.

P. Hantel, *Europäisches Arbeitsrecht,* Springer-Lehrbuch,
DOI 10.1007/978-3-662-46894-4_5

Art. 157 AEUV dar. Die Richtlinie 2006/54/EG enthält speziellere Regelungen zur Verhinderung einer Ungleichbehandlung zwischen Männern und Frauen in Beschäftigung und Beruf, und zwar inner- und außerhalb des Entgeltbereichs.[4] Der Schutzbereich dieser sog. Gender-Richtlinie ist von der Gleichbehandlungs-Rahmenrichtlinie 2000/78/EG abzugrenzen.

Die Gleichbehandlungs-Rahmenrichtlinie betrifft zwar auch die Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, enthält allerdings nicht das Diskriminierungsmerkmal Geschlecht. Mit der Gleichbehandlungs-Rahmenrichtlinie können nur Ungleichbehandlungen wegen der Religion, der Weltanschauung der Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung geltend gemacht werden. Ungleichbehandlungen wegen Rasse oder ethnischer Herkunft fallen sodann in den speziellen Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/43/EG (vgl. Kap. 8 und 9).

Somit fallen die sog. Gender-Aspekte ausschließlich in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2006/54/EG. Art. 4 dieser Richtlinie schreibt im Kap. 1 über „Gleiches Entgelt" vor, dass bei gleicher Arbeit oder bei einer Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird, eine mittelbare und unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts für sämtliche Entgeltbestandteile und –bedingungen zu beseitigen ist, Art. 4 Abs. 1. Sofern zur Festlegung des Entgeltes ein System beruflicher Einstufung verwendet wird, muss nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2006/54/EG dieses System auf für männliche und weibliche Arbeitnehmer gemeinsamen Kriterien beruhen und so beschaffen sein, dass Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts ausgeschlossen werden.

5.2 Der Entgeltbegriff in Art. 157 AEUV

Nach Art. 157 Abs. 2 AEUV sowie Art. 2 Abs. 1 e der Richtlinie 2006/54/EG sind unter Entgelt im Sinne dieses Artikels und der Richtlinie die üblichen Grund- oder Mindestlöhne und –gehälter sowie alle sonstigen Vergünstigungen zu verstehen, die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer unmittelbar oder mittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt. Der EuGH geht dabei – wie eingangs bereits ausgeführt – von einem weiten Entgeltbegriff aus.[5] Nur durch eine solche weite Auslegung erlangt das Diskriminierungsverbot nach Art. 57 AEUV die größtmögliche Wirksamkeit. Als Entgelt im Sinne von Art. 157 Abs. 2 AEUV hat der EuGH u. a. anerkannt[6]: Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall[7], Entgeltfortzahlung bei Mutterschaft, ohne dass sich jedoch aus Art. 157 AEUV ein Anspruch auf Mutterschaftsgeld in einer bestimmten Höhe herleiten ließe[8], Anspruch auf Weih-

[4] vgl. zu den Antidiskriminierungs-Richtlinien: Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 3 Rn. 11–15; Kraushaar in Nägele, EG-Arbeitsrecht in der deutschen Praxis, S. 85, 86.

[5] vgl. Maruko EuGH NJW 2008, 1649; Römer EuGH NZA 2011, 557; Franzen EuZA 2014, 289.

[6] vgl. hierzu Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, S. 179, 180.

[7] vgl. Rinner-Kühn EuGH Slg. 1989, I-2743; Fuchs/Marhold a. a. O.

[8] vgl. Gillespie EuGH Slg. 1996, I-475; Alabaster EuGH Slg. 2004, I-3101; Fuchs/Marhold a. a. O.

nachtsgratifikation[9], Abfindungen/Abfertigungen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses[10], Übergangsgeld bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses[11], Überbrückungszahlungen aufgrund einer Betriebsvereinbarung bis zur Erlangung einer gesetzlichen Pension[12], Altersrente aufgrund eines durch Tarifvertrag geschaffenen betrieblichen Rentensystems[13], eine vom letzten Arbeitgeber zu zahlende zusätzliche Entschädigung zur Arbeitslosenunterstützung bis zum Anspruch auf eine gesetzliche Altersrente[14], die Alterspension für Staatsbedienstete[15], Beamtenpensionen[16], ein Altersruhegehalt für Beamte[17], Aufwandsentschädigungen bei Betriebs-[18] und Personalratsschulungen[19], Vergütung in Form bezahlter Arbeitsfreistellung für Betriebsratstätigkeit[20], vergünstigte Bahnreisen[21], der vom Dienstalter abhängige Aufstieg in eine höhere Vergütungsgruppe[22], da dieser mit einer Gehaltserhöhung gleichzusetzen ist, sowie Beihilfeleistungen für Beamte[23].

Deutlich wird aus den vorangegangenen Ausführungen, dass der Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen auch für die Gestaltung von gesetzlichen und tarifvertraglichen Entgelt- und Vergütungsgruppen von Bedeutung ist. Sofern zur Festlegung des Entgelts ein System beruflicher Einstufung verwendet wird, muss dieses System auf für männliche und weibliche Arbeitnehmer gemeinsamen Kriterien beruhen und so beschaffen sein, dass Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts ausgeschlossen werden. Betroffen von dieser Regelung in Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2006/54/EG sind insbesondere die sog. Leichtlohngruppen, die vorrangig für weibliche Arbeitnehmer Anwendung fanden.[24]

[9] vgl. Krüger EuGH Slg. 1999, I-5127.

[10] vgl. Graf EuGH Slg. 2000, I-493; Kommision/Belgien EuGH Slg. 1993, I-673; Fuchs/Marhold a. a. O.

[11] vgl. Kowalska EuGH Slg. 1990, I-2591; Fuchs/Marhold a. a. O.

[12] vgl. Hlozek EuGH Slg. 2004, I-11491; Fuchs/Marhold a. a. O.

[13] vgl. Barber EuGH Slg. 1990, I-1889; Menauer EuGH Slg. 2001, I-7275; Fuchs/Marhold a. a. O.

[14] vgl. Defreyn EuGH Slg. 2000, I-6155; Fuchs/Marhold a. a. O.

[15] vgl. Niemi EuGH Slg. 2002, I-7007; Fuchs/Marhold a. a. O.

[16] vgl. Griesmar EuGH Slg. 2001, I-9383; Mouflin EuGH Slg. 2001, I-10201; Fuchs/Marhold a. a. O.

[17] vgl. Schönheit u. Becker EuGH Slg. 2003, I-12575; Fuchs/Marhold a. a. O.

[18] zuletzt Lewark EuGH Slg. 1996, I-243; Fuchs/Marhold a. a. O.

[19] vgl. Lewark EuGH Slg. 1996, I-243; Freers u. Speckmann EuGH Slg. 1996, I-1165; Fuchs/Marhold a. a. O.

[20] vgl. Bötel EuGH Slg. 1992, I-3539.

[21] vgl. Garland EuGH Slg. 1982, 359; Grant EuGH Slg. 1998, I-621; Fuchs/Marhold a. a. O.

[22] vgl. Nimz EuGH Slg. 1991, I-297; Fuchs/Marhold a. a. O.

[23] vgl. Dittrich EuGH, NVwZ 2013, 132.

[24] vgl. Rummler EuGH Slg. 1986, 2101; ferner Körner NZA 2001, 1048.

5.3 Verbot der mittelbaren Entgeltdiskriminierung nach Art. 157 AEUV von Teilzeit- und befristet Beschäftigten

Erhebliche Auswirkung auf die betriebliche Praxis hat der Grundsatz des gleichen Entgeltes für Männer und Frauen im Zusammenhang mit Tatbeständen der mittelbaren Diskriminierung. Eine mittelbare Diskriminierung liegt nach Art. 2 Abs. 1 Richtlinie 2006/54/EG dann vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren, Personen, die einem Geschlecht angehören, in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können. Besondere praktische Relevanz hat das Verbot der mittelbaren Diskriminierung im Zusammenhang mit Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für Teilzeit- und befristet Beschäftigte. Da ein erheblich geringerer Prozentsatz Frauen als Männer Vollzeit beschäftigt ist, führt der in der betrieblichen Praxis häufige Ausschluss von Teilzeitbeschäftigten von betrieblichen Sonder-Leistungen (wie z. B. Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld usw.) zu einer mittelbaren Diskriminierung von Frauen. Gleiches gilt für befristet Beschäftigte. Aus diesem Grund enthalten die Richtlinien für Teilzeit- und befristet Beschäftigte sowie die §§ 4, 5 TzBfG ausdrückliche Diskriminierungs- und Benachteiligungsverbote.[25]

5.4 Praktische Fallbeispiele

Zur Rechtfertigung unterschiedlicher Behandlung von Teilzeit- und befristet Beschäftigten gegenüber Vollzeitbeschäftigten werden von den Mitgliedsstaaten häufig sozial- und beschäftigungspolitische Zielsetzungen geltend gemacht. Daher musste sich der EuGH in den nachfolgend dargestellten Entscheidungen mit verschiedensten Argumenten der Mitgliedsstaaten zur Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung von Vollzeit- und Teilzeitkräften auseinandersetzen.

5.4.1 Fall Garland EuGH Slg. 1982, 359[26]

Die British Rail Engeneering Ltd. – eine 100 %ige Tochter des British Railways Board – gewährt ihren ausgeschiedenen Mitarbeitern diverse Reisevergünstigungen. Während die männlichen Arbeitnehmer weiterhin Vergünstigungen auch für ihre Angehörigen erhalten – weil British Rail in ihnen den „Haushaltsvorstand" sieht –, entfallen im Ruhestand weiblicher Arbeitnehmer die Vergünstigungen für deren Familienangehörige. Nachdem das Industrial Tribunal und das Berufungsgericht die Klage von Frau G abgewiesen hatten, legte das House of Lords dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob es gegen Art. 119 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 157 Abs. 1 AEUV) verstoße, wenn ein Arbeitgeber nur männlichen Arbeitnehmern nach deren Eintritt in den Ruhestand eine freiwillige besondere Vergünstigung im Reiseverkehr vorbehält.

[25] vgl. auch § 4 RL 1999/70/EG (befristete Arbeitsverträge) sowie § 4 RL 97/81/EG (Teilzeitarbeit).

[26] siehe auch NJW 1982, 1204.

Zunächst führt der EuGH aus, dass Freifahrten als Sachleistungen im Sinne von Art. 157 Abs. 2 AEUV anzusehen seien. Obwohl die Vergünstigungen erst nach Eintritt in den Ruhestand gewährt werden, sind sie doch durch die vorangegangene Arbeitsleistung erworben und stellen daher Entgelt im Sinne von Art. 157 AEUV dar. Der EuGH sieht hierin eine unzulässige Entgeltdiskriminierung.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Für die beschriebene Vergünstigung ist kennzeichnend, dass der Arbeitgeber sie den in den Ruhestand getretenen männlichen Arbeitnehmern oder den ihnen gegenüber unterhaltsberechtigten Personen mittelbar oder unmittelbar aufgrund des Dienstverhältnisses gewährt. (Rn. 7)
2. Aus diesen Erwägungen folgt, dass Vergünstigungen im Reiseverkehr mit der Bahn als Entgelt im Sinne von Art. 119 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 157 AEUV) qualifiziert werden können. (Rn. 9)
3. Das Vorbringen, diese Vergünstigungen würden nicht aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung gewährt, ist unerheblich. Für die Anwendung von Art. 119 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 157 AEUV) kommt es auf die Rechtsnatur dieser Vergünstigungen nicht an. Voraussetzung ist allein, dass die Vergünstigungen im Zusammenhang mit dem Dienstverhältnis gewährt werden. (Rn. 10)
4. Räumt daher ein Arbeitgeber, ohne hierzu vertraglich verpflichtet zu sein, männlichen ehemaligen Arbeitnehmern nach dem Eintritt in den Ruhestand besondere Vergünstigungen im Reiseverkehr ein, so stellt dies im Sinne von Art. 119 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 157 AEUV) eine Diskriminierung der weiblichen ehemaligen Arbeitnehmer dar, denen diese Vergünstigungen nicht gewährt werden. (Rn. 11)

5.4.2 Fall Rummler EuGH Slg. 1986, 2101; NJW 1987, 1138[27]

Frau R hat ihren Arbeitgeber, ein deutsches Unternehmen der Druckindustrie, auf Eingruppierung in eine höhere Lohngruppe verklagt. Die Löhne in der Druckindustrie richten sich nach dem Lohnrahmentarifvertrag für gewerbliche Arbeitnehmer der Druckindustrie. Nach dem Tarifvertrag gibt es 7 Lohngruppen, die nach dem Grad der Kenntnisse, der Konzentration, der Beanspruchung oder Belastung und der Verantwortung gestaffelt sind. Die Tätigkeiten der für den Rechtsstreit maßgeblichen Lohngruppe 2 sind als solche beschrieben, die mit geringen Vorkenntnissen und einer kurzen Unterweisung ausgeführt werden können, eine geringe Genauigkeit erfordern, einer geringen bis erhöhten muskelmäßigen Beanspruchung unterliegen. Die Tätigkeiten der Lohngruppe 3 erfordern erhöhte Vorkenntnisse und eine entsprechende Unterweisung, eine erhöhte Genauigkeit und eine erhöhte fallweise große muskelmäßige Belastung. Lohngruppe 4 erfordert längere Berufspraxis, er-

[27] siehe auch NJW 1987, 1138; DB 1986, 1877.

höhte Anforderungen an die Genauigkeit und erhöhte, fallweise große muskelmäßige Belastung, insbesondere im Zusammenhang mit maschinenabhängiger Tätigkeit.

Frau R ist in Lohngruppe 3 eingruppiert und vertritt die Auffassung, sie müsste in Lohngruppe 4 eingruppiert werden, da sie Tätigkeiten verrichte, die in diese Lohngruppe fallen. Insbesondere müsse sie Pakete mit über 20 kg Gewicht verpacken, was eine schwere körperliche Arbeit darstelle. Der Arbeitgeber bestreitet, dass die Arbeiten von der von der Klägerin behaupteten Art seien. Nach Meinung des Arbeitgebers erfülle die Klägerin nicht einmal die Voraussetzungen für Lohngruppe 3, in der sie sich befinde. Die von ihr wahrgenommene Tätigkeit sei nur mit einer geringen muskelmäßigen Beanspruchung verbunden, so dass sie nach Lohngruppe 2 eingruppiert werden müsste. Das Arbeitsgericht Oldenburg legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob ein System beruflicher Einstufung, das u. a. von den Kriterien der muskelmäßigen Beanspruchung oder Belastung und der Schwere der Arbeit ausgehe, mit dem Grundsatz des gleichen Entgeltes für Männer und Frauen vereinbar sei.

Der EuGH führt aus, dass ein System der Differenzierung von Lohnstufen nach dem Grad der erforderlichen muskelmäßigen Anstrengung nicht allein deshalb diskriminierend sei, weil es auf Eigenschaften abstellt, die Männer eher besitzen. Gleichwohl muss ein System der beruflichen Einordnung jedoch, um insgesamt nicht diskriminierend zu sein und damit den Grundsätzen der Gleichbehandlung zu entsprechen, so ausgestaltet werden, dass es, wenn die Art der in Frage stehenden Tätigkeit es zulässt, als gleichwertig anerkannte Arbeitsplätze umfasst, bei denen andere Kriterien berücksichtigt werden, hinsichtlich derer die weiblichen Arbeitnehmer besonders geeignet sein können.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Es ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz bei gleicher Arbeit oder bei einer Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird, die Beseitigung jeder Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Bezug auf sämtliche Entgeltsbestandteile und -bedingungen vorschreibt. (Rn. 11)
2. Nach Art. 1 Abs. 2 (nunmehr Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2006/54/EG) muss ein System beruflicher Einstufung auf für männliche und weibliche Arbeitnehmer gemeinsamen Kriterien beruhen und so beschaffen sein, dass Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts ausgeschlossen werden. (Rn. 12)
3. Der Grundsatz des gleichen Entgeltes verlangt folglich im Wesentlichen, dass die Art der zu verrichtenden Arbeit objektiv berücksichtigt wird. Die gleiche Arbeit oder eine Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird, muss also in der gleichen Weise unabhängig davon entlohnt werden, ob sie von einem Mann oder von einer Frau verrichtet wird. (Rn. 13)
4. Wenn bei der Festsetzung des Lohns ein System der beruflichen Einstufung verwendet wird, muss dieses zum einen dieselben Kriterien unabhängig davon zugrunde legen, ob die Arbeit von einem Mann oder von einer Frau verrichtet wird, und darf zum andern in seiner Gesamtheit nicht so ausgestaltet sein, dass es tatsächlich zu einer allgemeinen Diskriminierung der Arbeitnehmer des einen Geschlechts gegenüber denen des anderen führt. (Rn. 13)

5. Folglich genügen den Anforderungen der Richtlinie Kriterien, die den zu verrichtenden Tätigkeiten entsprechen, wenn diese ihrer Natur nach eine besondere körperliche Anstrengung erfordern oder wenn sie körperlich schwer sind. Es ist mit dem Diskriminierungsverbot vereinbar, zur Differenzierung der Lohnstufen ein Kriterium zu verwenden, das auf den objektiv messbaren, für die Verrichtung der Tätigkeit erforderlichen Krafteinsatz oder auf die objektive schwere dieser Arbeit abstellt. (Rn. 14)
6. Wenn auch ein bestimmtes Kriterium, wie das der erforderlichen muskelmäßigen Anstrengung, tatsächlich männliche Arbeitnehmer begünstigen kann, da davon auszugehen ist, dass ihre Körperkräfte im allgemeinen größer sind als die der weiblichen Arbeitnehmer, so ist es doch bei der Prüfung, ob es diskriminierend ist, innerhalb des Systems beruflicher Einstufung in seiner Gesamtheit unter Berücksichtigung der anderen Kriterien zu beurteilen, die bei der Festlegung der Lohnstufen eine Rolle spielen. Ein System ist nicht allein deshalb diskriminierend, weil bei einem seiner Kriterien auf Eigenschaften abgestellt wird, die Männer eher besitzen, sofern dies einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens entspricht. (Rn. 15, 24)
7. Die Nichtberücksichtigung der Werte, die der durchschnittlichen Leistungsfähigkeit der weiblichen Arbeitnehmer entsprechen, bei der Festlegung einer auf das Ausmaß der muskelmäßigen Beanspruchung und Belastung gestützten ansteigenden Lohnskala kann dazu führen, dass die weiblichen Arbeitnehmer, die keine Arbeitsplätze übernehmen können, bei denen sie körperlich überfordert werden, benachteiligt werden. (Rn. 24)
8. Ein System der beruflichen Einstufung muss daher, um insgesamt nicht diskriminierend zu sein und damit den Grundsätzen der Richtlinie zu entsprechen, so ausgestaltet sein, dass es, wenn die Art der in Frage stehenden Tätigkeiten es zulässt, als gleichwertig anerkannte Arbeitsplätze umfasst, bei denen andere Kriterien berücksichtigt werden, hinsichtlich deren die weiblichen Arbeitnehmer besonders geeignet sein können. (Rn. 15)

5.4.3 Fall Burton EuGH Slg. 1982, 554[28]

Herr B war seit 25 Jahren bei der British Railway Board beschäftigt. Der Arbeitgeber hat den dort Beschäftigten Abfindungszahlungen für den Fall des freiwilligen Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis angeboten. Frauen konnten von der Möglichkeit des abfindungsbewährten Ausscheidens ab dem Alter von 55 Jahren und ihre männlichen Kollegen ab dem Alter von 60 Jahren Gebrauch machen. B wollte im Alter von 58 Jahren freiwillig ausscheiden und beantragte eine Abfindungszahlung, die abgelehnt wurde. B klagt vor dem Industrial Tribunal und rügt eine Verletzung von Art. 157 AEUV sowie sonstiger Diskriminierungsvorschriften. Das Employment Appeal Tribunal als Berufungsinstanz legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob Leistungen bei freiwilligem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis unter Art. 119 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 157 Abs. 1 AEUV) fallen und der vorliegende Sachverhalt zu einer Diskriminierung führe.

[28] siehe auch NJW 1982, 2726.

Der EuGH bejaht den Entgeltcharakter einer Abfindung, obwohl diese nur für die freiwillige Auflösung des Arbeitsverhältnisses und nicht für die Arbeitsleistung gezahlt wird. Da aber das Auslegungsproblem nicht die Leistung als solche sondern nur deren Anspruchsvoraussetzungen betreffe, sei Art. 157 AEUV nicht einschlägig, sondern vielmehr die Gleichbehandlungs-Richtlinie 76/207/EG (nunmehr Richtlinie 2006/54/EG). In dieser Hinsicht verneint der EuGH das Vorliegen einer sonstigen Diskriminierung von männlichen Arbeitnehmern, da bei einem betrieblichen Altersversorgungssystem ein Vergleich zu den jeweils geltenden nationalen gesetzlichen Sozialversicherungssystemen erforderlich sei. Im britischen Rentenversicherungsrecht erwachsen Rentenleistungsansprüche erst mit Erreichen der Altersgrenze von 60 Jahren für Frauen und von 65 Jahren für Männer. Daher sieht auch das britische Sozialversicherungssystem eine ebenfalls um fünf Jahre versetzte und damit geschlechtsbezogene unterschiedliche Altersgrenze zum Erreichen der Rentenbezugsberechtigung vor.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Das Auslegungsproblem betrifft nicht die Leistung als solche, sondern die Frage, ob eine Diskriminierung in Bezug auf die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Regelung über das freiwillige Ausscheiden vorliegt. Diese Materie fällt unter die Richtlinie 76/207/EWG (nunmehr RL 2006/54/EG) und nicht unter Art. 119 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 157 AEUV). (Rn. 8)
2. Nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 76/207/EWG (nunmehr Art. 14 Abs. 1 c RL 2006/54/EG) bedeutet nämlich die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen, dass Männern und Frauen dieselben Bedingungen ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gewährt werden. (Rn. 9)
3. Im Rahmen der Richtlinie ist das Wort „Entlassung“ in dem Sinne weit auszulegen, dass es die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses zwischen dem Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber einschließt, auch wenn sie aufgrund einer Regelung über freiwilliges Ausscheiden erfolgt. (Rn. 9)
4. Für die Beantwortung der Frage, ob die unterschiedliche Behandlung die der Kläger im Ausgangsverfahren rügt, diskriminierend im Sinne dieser Richtlinie ist, ist das Verhältnis zwischen Maßnahmen, wie sie hier in Rede stehen, und den nationalen Regelungen über das normale Rentenalter zu berücksichtigen. (Rn. 10)
5. Nach dem Recht des Vereinigten Königreichs beträgt das Mindestalter für den Bezug einer staatlichen Altersrente für weibliche Arbeitnehmer 60 und für männliche Arbeitnehmer 65 Jahre. (Rn. 11)
6. Die Richtlinie 76/207/EWG (nunmehr RL 2006/54/EG) steht der Befugnis der Mitgliedstaaten nicht entgegen, die Festsetzung des Rentenalters für die Gewährung der Altersrente oder Ruhestandsrente und etwaige Auswirkungen daraus auf andere Leistungen von ihrem Anwendungsbereich auszuschließen. (Rn. 13)

7. Daraus folgt, dass die Festsetzung eines Mindestrentenalters im Rahmen der sozialen Sicherheit, das für Männer und Frauen unterschiedlich ist, keine durch das Gemeinschaftsrecht verbotene Diskriminierung darstellt. (Rn. 14)

5.4.4 Fall Jenkins EuGH Slg. 1981, 911[29]

J arbeitet alsTeilzeitarbeitnehmerin bei der Firma Kingsgate Ltd. Es handelt sich um ein Unternehmen aus Essex, das Damenoberbekleidung herstellt und 35 Männer und 34 Frauen beschäftigt. In Teilzeitbeschäftigungen arbeiten überwiegend nur weibliche Arbeitnehmer. J bezog – wie alle Teilzeitbeschäftigten – einen im Vergleich zu ihren meist männlichen Vollzeitkollegen 10 % niedrigeren Stundenlohn. J klagt vor dem Industrial Tribunal. Das Employment Appeal Tribunal legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob eine solche Ungleichbehandlung des Entgelts eine Verletzung von Art. 157 AEUV darstelle.

Der EuGH sah in der schlechteren Entlohnung Teilzeitbeschäftigter eine mittelbare Diskriminierung weiblicher Arbeitskräfte nach Art. 119 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 157 AEUV). Nach Auffassung des EuGH hat sich herausgestellt, dass ein erheblich geringerer Prozentsatz der weiblichen Arbeitnehmer als der männlichen Arbeitnehmer die Mindestzahl der Wochenarbeitsstunden leistet, die die Voraussetzung für den Anspruch auf den Stundenlohn zum vollen Satz ist.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Art. 119 (nunmehr Art. 157 AEUV) bezweckt, die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit sicherzustellen. Bei den Unterschieden in der Behandlung, die aufgrund dieser Bestimmung verboten sind, handelt es sich also ausschließlich um solche, die auf dem unterschiedlichen Geschlecht der Arbeitnehmer beruhen. Daher stellt die Tatsache, dass für Teilzeitarbeit ein geringerer Stundenlohn gezahlt wird als für Vollzeitarbeit, nicht für sich allein eine nach Art. 119 verbotene Diskriminierung dar, wenn diese Stundensätze ohne Unterscheidung nach dem Geschlecht für die Arbeitnehmer der beiden Gruppen gelten. (Rn. 10)
2. Wird eine solche Unterscheidung nicht getroffen, so verstößt der Umstand, dass für eine nach Zeit bezahlte Arbeit ein je nach der Anzahl der wöchentlichen Arbeitsstunden unterschiedlicher Stundenlohn gezahlt wird, somit nicht gegen den in Art. 119 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 157 AEUV) niedergelegten Grundsatz des gleichen Entgelts, soweit die unterschiedliche Entlohnung der Teilzeitarbeit und der Vollzeitarbeit auf Faktoren beruht, die objektiv gerechtfertigt sind und nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben. (Rn. 11)
3. Stellt sich dagegen heraus, dass ein erheblich geringerer Prozentsatz der weiblichen Arbeitnehmer als der männlichen Arbeitnehmer die Mindestzahl

[29] siehe auch NJW 1981, 2639.

der Wochenarbeitsstunden leistet, die die Voraussetzung für den Anspruch auf den Stundenlohn zum vollen Satz ist, so steht das ungleiche Entgelt dann im Widerspruch zu Art. 119 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 157 AEUV), wenn – unter Berücksichtigung der Schwierigkeiten, die die weiblichen Arbeitnehmer haben, um diese Mindeststundenzahl pro Woche leisten zu können – die Lohnpolitik des betreffenden Unternehmens nicht durch Umstände zu klären ist, die eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ausschließen. (Rn. 13)
4. Ein unterschiedliches Entgelt für Vollzeitarbeitnehmer und Teilzeitarbeitnehmer stellt dann eine durch Art. 119 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 157 AEUV) verbotene Diskriminierung dar, wenn die in Teilzeit arbeitende Arbeitnehmergruppe ausschließlich oder überwiegend aus weiblichen Personen besteht. (Rn. 15)

5.4.5 Fall Rinner-Kühn EuGH Slg. 1989, 2743[30]

Frau R ist auf Basis von 10 h in der Woche als Reinigungskraft bei der Gebäudereinigungsfirma FWW Spezial-Gebäudereinigung beschäftigt. Als sie erkrankt, weigert sich der Arbeitgeber, ihr als geringfügig Beschäftigte Lohnfortzahlung zu leisten. Nach der alten Regelung von § 1 Abs. 3 Nr. 2 Lohnfortzahlungsgesetz vom 27. Juli 1969 bestand kein Anspruch auf Lohnfortzahlung für Arbeitnehmer, deren regelmäßige Arbeitszeit wöchentlich 10 h oder monatlich 45 h nicht übersteigt. Auf die Klage von R legte das Arbeitsgericht Oldenburg dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob eine gesetzliche Regelung, die Arbeitnehmer, die weniger als 10 h in der Woche oder 45 h im Monat arbeiten, von Entgeltfortzahlungsleistungen ausnimmt, mit Art. 157 AEUV vereinbar sei.

Der EuGH sieht in dem Ausschluss von Teilzeitarbeitnehmern von Entgeltfortzahlungsleistungen eine unzulässige mittelbare Entgeltdiskriminierung von Frauen nach Art. 157 AEUV bzw. der Richtlinie 2006/54/EG. Nach Auffassung des EuGH habe Deutschland nicht dargelegt, dass die Ausschlussregelung im damaligen Lohnfortzahlungsgesetz durch objektive Faktoren, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben, gerechtfertigt sei.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Der im Krankheitsfall fortgezahlte Arbeitnehmerlohn fällt unter den Entgeltbegriff im Sinne von Art. 119 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 157 AEUV). (Rn. 7)
2. Aus dem Vorlagebeschluss ergibt sich weiterhin, dass prozentual erheblich weniger Frauen als Männer die wöchentliche oder monatliche Mindestzahl der Arbeitsstunden leisten, die Voraussetzung für den Anspruch auf Lohnfortzahlung bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ist. (Rn. 11)
3. Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass § 1 Abs. 3 Nr. 2 des Lohnfortzahlungsgesetzes im Ergebnis die weiblichen gegenüber den männlichen

[30] siehe auch NJW 1989, 3087; NZA 1990, 437; DB 1989, 1574.

Arbeitnehmern diskriminiert und grundsätzlich im Widerspruch zur Zielsetzung des Art. 119 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 157 AEUV) steht. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die unterschiedliche Behandlung der beiden Arbeitnehmerkategorien durch objektive Faktoren gerechtfertigt ist, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben. (Rn. 12)
4. Die Erwägungen des deutschen Gesetzgebers, Arbeitnehmer, die wöchentlich weniger als 10 h oder monatlich weniger als 45 h arbeiten, seien nicht in einem mit anderen Arbeitnehmern vergleichbaren Maße in den Betrieb eingegliedert und ihm verbunden, stellen lediglich allgemeine Aussagen dar, die keine Diskriminierung rechtfertigen können. (Rn. 13, 14)
5. Erst wenn ein Mitgliedsstaat darlegen kann, dass die gewählten Mittel einem notwendigen Ziel seiner Sozialpolitik dienen und für die Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sind, kann in dem Umstand, dass die Gesetzesbestimmung eine wesentlich größere Anzahl von weiblichen als von männlichen Arbeitnehmern betrifft, keine Verletzung von Art. 119 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 157 AEUV) gesehen werden. (Rn. 14)

5.4.6 Fall Krüger EuGH Slg. 1999, I-5127[31]

Nach der Geburt ihres Kindes arbeitet K – während des Erziehungsurlaubes – bei ihrem Arbeitgeber nur im Rahmen eines geringfügigen Beschäftigungsverhältnisses nach § 8 SGB IV. Nachdem bei ihrem Arbeitgeber geltenden Tarifvertrag steht eine Weihnachtsgratifikation nur Vollzeitkräften zu. Das Arbeitsgericht München legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob auch tarifvertragliche Sonderzahlungen in den Anwendungsbereich von Art. 157 AEUV fallen.

Der EuGH stellt fest, dass das Diskriminierungsverbot nach Art. 157 AEUV auch auf Tarifverträge Anwendung findet und stellt eine unzulässige mittelbare Diskriminierung fest.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Eine Zuwendung, die der Arbeitnehmer nach Maßgabe eines Gesetzes oder eines Tarifvertrags am Jahresende vom Arbeitgeber erhält, wird aufgrund des Dienstverhältnisses gewährt und stellt damit ein Entgelt im Sinne von Art. 119 des EWG-Vertrages (nunmehr Art. 157 AEUV) dar. (Rn. 17)
2. Art. 119 des Vertrages (nunmehr Art. 157 AEUV) stellt den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit auf; er erfasst jedoch nicht den Fall, dass eine Gruppe von Arbeitnehmern im Vergleich zu einer anderen Gruppe von Arbeitnehmern des gleichen Geschlechts diskriminiert wird. (Rn. 18)
3. Damit stellt der Ausschluss geringfügig Beschäftigter im Sinne von § 8 SGB IV vom Geltungsbereich des BAT keine unmittelbare Diskriminierung auf-

[31] siehe auch NJW 2000, 647; NZA 1999, 1151, EuZW 1999, 664.

grund des Geschlechts dar. Daher ist zu prüfen, ob eine solche Maßnahme eine mit Art. 119 des Vertrages (nunmehr Art. 157 AEUV) unvereinbare mittelbare Diskriminierung darstellen kann. (Rn. 21)

4. Art. 119 des Vertrages (nunmehr Art. 157 AEUV) steht einer nationalen Vorschrift oder einer tarifvertraglichen Bestimmung entgegen, die zwar unabhängig vom Geschlecht der Arbeitnehmer angewandt wird, im Ergebnis jedoch einen erheblich höheren Prozentsatz der Frauen als der Männer benachteiligt, es sei denn, dass sie aus objektiven Gründen, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben, gerechtfertigt ist. (Rn. 22)
5. Mit dem im SGB IV vorgesehenen Ausschluss geringfügig Beschäftigter von der Sozialversicherung soll einer sozialen Nachfrage nach geringfügigen Beschäftigungen entsprochen werden, wie dies die deutsche Regierung im Rahmen ihrer Sozial- und Beschäftigungspolitik für erforderlich gehalten hat. Geringfügig Beschäftigte sind daher nach § 3 Buchstabe n BAT vom Geltungsbereich des BAT ausgenommen und erhalten damit nicht die im BAT vorgesehene Jahressonderzuwendung. (Rn. 23, 24)
6. Der Ausschluss vom Geltungsbereich des BAT kann jedoch nicht den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit ändern, wie er in Art. 119 des Vertrages (nunmehr Art. 157 AEUV) verankert ist. Der Ausschluss geringfügig Beschäftigter von einem Tarifvertrag, in dem die Gewährung einer Jahressonderzuwendung vorgesehen ist, stellt eine Ungleichbehandlung im Vergleich zu den vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern dar. Sollte das nationale Gericht, das für die Beurteilung des Sachverhalts allein zuständig ist, feststellen, dass dieser Ausschluss, auch wenn er unabhängig vom Geschlecht der Arbeitnehmer erfolgt, im Ergebnis prozentual erheblich mehr Frauen als Männer trifft, so wird es daraus zu folgern haben, dass der betreffende Tarifvertrag eine mittelbare Diskriminierung im Sinne von Art. 119 des Vertrages (nunmehr Art. 157 AEUV) enthält. (Rn. 25, 26)
7. Der Beklagte macht allerdings geltend, das sozial- und beschäftigungspolitische Ziel der Regelung, das objektiv nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun habe, rechtfertige im vorliegenden Fall den Ausschluss geringfügiger Beschäftigungen vom Geltungsbereich des Tarifvertrags. (Rn. 27)
8. Nach dem Gemeinschaftsrecht sind die Mitgliedstaaten für die Sozialpolitik zuständig. Es ist ihre Sache, die Maßnahmen zu wählen, die zur Verwirklichung ihrer sozial- und beschäftigungspolitischen Ziele geeignet sind. Bei der Ausübung dieser Zuständigkeit verfügen die Mitgliedstaaten über einen weiten Entscheidungsspielraum. Im vorliegenden Fall handelt es sich aber weder um eine Maßnahme, die der nationale Gesetzgeber im Rahmen seines Ermessens getroffen hat, noch um einen tragenden Grundsatz des deutschen Systems der sozialen Sicherheit. (Rn. 28, 29)
9. Der tarifvertragliche Ausschluss unselbständig Erwerbstätiger, die eine Beschäftigung von regelmäßig weniger als fünfzehn Stunden in der Woche ausüben, bei der das Arbeitsentgelt regelmäßig einen bestimmten Bruchteil der monatlichen Bezugsgröße nicht übersteigt und die deshalb sozialversicherungsfrei ist, von einer Jahressonderzuwendung, der zwar unabhängig vom

Geschlecht der Arbeitnehmer erfolgt, jedoch im Ergebnis prozentual erheblich mehr Frauen als Männer trifft, stellt eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar. (Rn. 30)

5.4.7 Fall Bilka EuGH Slg. 1986, 1607[32]

Der Kaufhauskonzern Bilka gewährt seinen Mitarbeitern seit Jahren Leistungen der betrieblichen Altersversorgung. Die dieser Versorgung zugrunde liegenden Versorgungsordnungen gelten als Teil der Arbeitsverträge zwischen Bilka und den Beschäftigten. Nach der Versorgungsordnung haben Teilzeitbeschäftigte nur dann Anspruch auf ein betriebliches Altersruhegeld, wenn sie während einer Betriebszugehörigkeit von 20 Jahren mindestens 15 Jahre als Vollzeitbeschäftigte tätig waren. Die Klägerin war bei Bilka von 1961 bis 1976 als Verkäuferin beschäftigt. Nachdem sie zunächst als Vollzeitbeschäftigte tätig war, arbeitete sie vom 1. Oktober 1972 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Teilzeitbeschäftigte. Da sie nicht die Mindestzeit von 15 Jahren als Vollzeitbeschäftigte zurückgelegt hatte, lehnte Bilka es ab, ihr eine Anwartschaft auf betriebliches Altersruhegeld anzuerkennen. Bilka führt aus, der Ausschluss der Teilzeitbeschäftigten von der betrieblichen Altersversorgung bezwecke lediglich, den Anreiz für Teilzeitbeschäftigung zu beseitigen, denn die Teilzeitbeschäftigten lehnten es in der Regel ab, am späten Nachmittag und an Sonnabenden zu arbeiten. Deshalb sei Bilka gezwungen, um zu diesen Zeiten eine genügende Anzahl an Arbeitskräften zur Verfügung zu haben, die Vollzeitbeschäftigung attraktiver zu gestalten als die Teilzeitbeschäftigung. Eine Diskriminierung von Frauen im Sinne von Art. 157 AEUV sei hiermit nicht verbunden. Das BAG legte dem EuGH unter anderem die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob es mit Art. 157 AEUV vereinbar sei, Teilzeitarbeitnehmer von betrieblichen Versorgungsleistungen auszunehmen, auch wenn es der Lohnpolitik eines Arbeitgebers entspricht, möglichst nur Vollzeitkräfte zu beschäftigen.

Nach Auffassung des EuGH liege nur dann keine mittelbare Diskriminierung vor, wenn der Arbeitgeber in der Lage ist, objektiv nachvollziehbare Kriterien zu nennen, die ihn dazu zwingen, möglichst viele Vollzeitkräfte zu beschäftigen. Allein der bloße Wunsch des Arbeitgebers, möglichst viele Vollzeitkräfte zu beschäftigen, ohne dass nachweisbare betriebliche Gründe dies erfordern, ist dagegen nicht ausreichend, um eine unterschiedliche Bezahlung von Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten zu rechtfertigen.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Zwar sieht die Beklagte keinen unterschiedlichen Stundenlohn für Teilzeitbeschäftigte und Vollzeitbeschäftigte vor, gewährt jedoch nur den zur zweiten Kategorie gehörenden Arbeitnehmern eine Betriebsrente. Da eine solche Rente unter den Begriff der Vergütung im Sinne des Art. 119 Abs. 2 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 157 AEUV) fällt, ist die gesamte Vergütung, die die

[32] siehe auch NZA 1986, 599; DB 1986, 1525.

Beklagte den Vollzeitbeschäftigten zahlt, bei gleicher Anzahl der Arbeitsstunden höher als die, die sie den Teilzeitbeschäftigten zahlt. (Rn. 27)
2. Falls sich herausstellen sollte, dass ein erheblich geringerer Prozentsatz Frauen als Männer vollzeitbeschäftigt ist, steht der Ausschluss der Teilzeitbeschäftigten von der betrieblichen Altersversorgung folglich dann Widerspruch zu Art. 119 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 157 AEUV), wenn – unter Berücksichtigung der für weibliche Arbeitnehmer bestehenden Schwierigkeiten, als Vollzeitbeschäftigte zu arbeiten – diese Maßnahme nicht durch Umstände zu erklären ist, die eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ausschließen. (Rn. 29)
3. Ist das Unternehmen jedoch in der Lage darzulegen, dass seine Lohnpolitik auf Faktoren beruht, die objektiv gerechtfertigt sind und nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben, so liegt keine Verletzung des Art. 119 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 157 AEUV) vor. (Rn. 30)
4. Ein Kaufhausunternehmen kann nach Art. 119 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 157 AEUV) die Anwendung einer Lohnpolitik, durch die Teilzeitbeschäftigte unabhängig von ihrem Geschlecht von der betrieblichen Altersversorgung ausgeschlossen werden, damit rechtfertigen, dass es möglichst wenige Teilzeitkräfte beschäftigen will, sofern festgestellt wird, dass die zu diesem Zweck gewählten Mittel einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens dienen und zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sind. (Rn. 37)
5. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts festzustellen, ob und inwieweit die Gründe, die ein Arbeitgeber zur Rechtfertigung einer Lohnpolitik anführt, als objektiv gerechtfertigte wirtschaftliche Gründe angesehen werden können. Stellt das vorlegende Gericht fest, dass die von der Beklagten gewählten Mittel einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens dienen und für die Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sind, so reicht der Umstand, dass diese Maßnahmen eine wesentlich größere Anzahl von weiblichen als von männlichen Arbeitnehmern treffen, für die Feststellung, dass sie eine Verletzung des Art. 119 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 157 AEUV) darstellen, nicht aus. (Rn. 36)

5.4.8 Fall Bötel EuGH Slg. 1992, I-3589[33]

Frau B war teilzeitbeschäftigtes Betriebsratsmitglied bei der Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin und nahm an einer Schulungsveranstaltung gemäß § 37 BetrVG teil. Nach den §§ 37, 40 BetrVG ist der Arbeitgeber verpflichtet, den Betriebsratsmitgliedern für ihre vertraglich geschuldete Arbeitszeit Lohnersatz zu leisten. Frau B macht geltend, dass sie für ihre Betriebsratstätigkeit über die individuelle Arbeitszeit hinaus Anspruch auf Lohnersatz für die Gesamtdauer der Veranstaltung hat. Das LAG Berlin legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob bei Beachtung von Art. 157 AEUV sich die Vergütung der teilzeitbeschäftigten Betriebs-

[33] siehe auch NZA 1992, 687; DB 1992, 1481; BB 1992, 2073.

ratsmitglieder für die Teilnahme an Schulungsveranstaltungen nur auf die Dauer der individuell vereinbarten Teilzeit oder auf die gesamte Dauer der Veranstaltung beziehen muss.

Zunächst stellt der EuGH fest, dass es sich bei den Lohnersatzzahlungen an Betriebsratsmitglieder nach § 37 Abs. 3 BetrVG um Vergütungen handelt, die dem Entgeltbegriff des Art. 157 AEUV unterfallen. Der EuGH führt aus, dass teilzeitbeschäftigte Betriebsratsmitglieder eine niedrigere Vergütung erhalten als ihre vollzeitbeschäftigten Kollegen, obwohl sie unterschiedslos an der gleichen Zahl von Schulungsstunden teilnehmen. Dies sei geeignet, die Gruppe der teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer, bei der der Frauenanteil unstreitig überwiegt, davon abzuhalten, eine Tätigkeit als Betriebsratsmitglied auszuüben oder die für die Ausübung dieser Tätigkeit erforderlichen Kenntnisse zu erwerben. Aus diesem Grunde komme es zu einer Verletzung von Art. 157 AEUV sowie Richtlinie 75/117/EWG (nunmehr RL 2006/54/EG).

Die wichtigsten Leitsätze

1. Zunächst ist festzustellen, ob die Vergütung – in Form von bezahlter Arbeitsfreistellung oder der Bezahlung von Überstunden – für Schulungsveranstaltungen, die für die Betriebsratstätigkeit erforderliche Kenntnisse vermitteln, unter den Begriff des „Entgelts" im Sinne des Art. 119 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 157 AEUV) und der Richtlinie 75/117/EWG (nunmehr Art. 4 RL 2006/54/EG) fällt. (Rn. 11)
2. Auch wenn sich eine Vergütung als solche nicht aus dem Arbeitsvertrag ergibt, so wird sie vom Arbeitgeber doch aufgrund von Rechtsvorschriften und aufgrund eines Arbeitsverhältnisses gezahlt. Die Betriebsratsmitglieder haben nämlich notwendigerweise die Eigenschaft eines Arbeitnehmers des Betriebs und sind damit betraut, für die Interessen des Personals einzutreten; sie fördern damit das Bestehen harmonischer Arbeitsbeziehungen innerhalb des Betriebs und liegen in dessen allgemeinem Interesse. (Rn. 14)
3. Darüber hinaus soll die Vergütung, die aufgrund einer Regelung wie der im Ausgangsverfahren streitigen gezahlt wird, den Betriebsratsmitgliedern ein Einkommen sichern, selbst wenn sie während der Dauer von Schulungsveranstaltungen keine in ihrem Arbeitsvertrag vorgesehene Tätigkeit ausüben. (Rn. 15)
4. Zweitens ist festzustellen, ob teilzeitbeschäftigte Betriebsratsmitglieder in Anwendung der nationalen Regelung bezüglich der Vergütung bei der Teilnahme an Schulungsveranstaltungen anders behandelt werden als vollzeitbeschäftigte Betriebsratsmitglieder. (Rn. 16)
5. Beide Gruppen von Betriebsratsmitgliedern wenden für die Teilnahme an diesen Schulungsveranstaltungen die gleiche Stundenzahl auf. Wenn jedoch die Dauer der während der betrieblichen Vollarbeitszeit veranstalteten Schulungen über die individuelle Arbeitszeit der teilzeitbeschäftigten Betriebsratsmitglieder hinausgeht, erhalten diese vom Arbeitgeber eine niedrigere Vergütung als die vollzeitbeschäftigten Mitglieder und werden folglich unterschiedlich behandelt. (Rn. 17)

6. Schließlich ist festzustellen, dass dieser Unterschied in der Behandlung der teilzeitbeschäftigten Betriebsratsmitglieder – sollte sich herausstellen, dass unter den Betriebsratsmitgliedern ein erheblich geringerer Prozentsatz Frauen vollzeitbeschäftigt ist als Männer – im Widerspruch zu Art. 119 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 157 AEUV) steht. (Rn. 18)
7. Ein solcher Widerspruch liegt dann vor, wenn diese niedrigere Vergütung – unter Berücksichtigung der für weibliche Arbeitnehmer bestehenden Schwierigkeiten, als Vollzeitbeschäftigte zu arbeiten – nicht durch Umstände zu erklären ist, die eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ausschließen. (Rn. 18)

5.4.9 Fall Seymour-Smith EuGH Slg. 1999, I-623

Frau S und Frau P arbeiten bei einer englischen Ltd. in London. Gegen die Kündigung ihres Arbeitgebers erheben sie Kündigungsschutzklage vor dem Industrial Tribunal. Nach dem englischem Employment Protection Act 1978 hat jeder Arbeitnehmer entsprechend Section 54 Anspruch auf Schutz vor sozial ungerechtfertigten Entlassungen durch seinen Arbeitgeber. In der im Klagezeitpunkt geltenden Fassung galt diese Vorschrift nicht für Entlassungen eines Arbeitnehmers, wenn dieser zum Zeitpunkt der tatsächlichen Beendigung seines Beschäftigungsverhältnisses noch nicht mindestens zwei Jahre ununterbrochen beim Arbeitgeber beschäftigt war. Dies war bei beiden Klägerinnen nicht der Fall. Die Klägerinnen rügen eine mittelbare Diskriminierung gegenüber männlichen Kollegen, weil nach ihrer Auffassung prozentual mehr Männer als Frauen die zweijährige Mindestarbeitszeit erfüllen, um in den Genuss von Kündigungsschutz zu kommen. Das House of Lords legte dem EuGH u. a. die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob Entschädigungszahlungen wegen Verletzung des Employment Protection Acts Entgelt im Sinne von Art. 157 AEUV darstelle und ob eine mittelbare Diskriminierung darin liege, dass Anspruchsberechtigte mindestens zwei Jahre beschäftigt sein müssen.

Der EuGH sah in dem Zahlenverhältnis der mindestens zwei Jahre beschäftigten Arbeitnehmer keinen Hinweis auf eine mittelbare Diskriminierung von Frauen. Die Statistiken lassen nicht erkennen, dass mehr Frauen als Männer keinen Kündigungsschutz nach dem Employment Protection Act 1978 genießen. Zudem verwies der EuGH darauf, dass bei Fragen der Entschädigungszahlungen im Zusammenhang mit Art. 157 AEUV Fragen einer möglichen Wiedereinstellung bei unwirksamer Kündigung aber im Zusammenhang mit der Antidiskriminierungs-Richtlinie (nunmehr RL 2006/54/EG) zu prüfen seien.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Die Voraussetzungen, unter denen ein Arbeitnehmer im Fall einer sozial ungerechtfertigten Entlassung Anspruch auf eine Entschädigung hat, fallen unter Art. 119 EWG-Vertrag (nunmehr § 157 AEUV). Hingegen fallen die Voraussetzungen, unter denen ein Arbeitnehmer im Fall einer sozial ungerechtfertigten Entlassung einen Anspruch auf Wiedereingliederung oder

Wiedereinstellung hat, unter die Richtlinie 76/207/EWG (RL 2006/54/EG). (Rn. 41)
2. Die 2-Jahres-Regelung des Employment Protection Act 1978 enthält unstreitig keine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Daher ist zu prüfen, ob sie eine mit Art. 119 des Vertrages (nunmehr Art. 157 AEUV) unvereinbare mittelbare Diskriminierung darstellen kann. (Rn. 53)
3. Im vorliegenden Fall geht aus dem Vorlagebeschluss hervor, dass im Jahr 1985, in dem die Voraussetzung der zweijährigen Beschäftigung eingeführt wurde, 77,4 % der männlichen und 68,9 % der weiblichen Arbeitnehmer diese Voraussetzung erfüllten. (Rn. 63)
4. Diesen Statistiken lässt sich auf den ersten Blick nicht entnehmen, dass ein erheblich geringerer Prozentsatz der weiblichen als der männlichen Arbeitnehmer die nach der streitigen Vorschrift erforderliche Voraussetzung erfüllen kann. (Rn. 64)
5. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Maßnahme eines Mitgliedstaats derart unterschiedliche Wirkung für Männer und Frauen hat, dass sie eine mittelbare Diskriminierung im Sinne von Art. 119 des Vertrages (nunmehr Art. 157 AEUV) darstellt, ist zu prüfen, ob sich aus den verfügbaren statistischen Daten ergibt, dass ein wesentlich geringerer Prozentsatz der weiblichen als der männlichen Arbeitnehmer die durch diese Maßnahme aufgestellte Voraussetzung erfüllen kann. (Rn. 65)
6. Ist dies der Fall, so liegt eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vor, es sei denn, diese Maßnahme wäre durch Faktoren sachlich gerechtfertigt, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben. (Rn. 65)

5.5 Auswirkung auf die deutsche Rechtsordnung und die arbeitsrechtliche Praxis

Aus den behandelten Entscheidungen wird deutlich, dass der EuGH trotz eines den Mitgliedsstaaten zustehenden Ermessensspielraums an das Vorliegen sozial- oder beschäftigungspolitischer Gründe zur Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung sehr hohe Anforderungen stellt.[34] Insbesondere muss die Ungleichbehandlung geeignet und erforderlich sein, um diese sozialpolitischen Beschäftigungsziele zu erreichen. Dies gilt umso mehr für den Fall, dass ein Arbeitgeber Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigte unterschiedlich behandelt und dies mit seiner Unternehmenskultur bzw. mit seinen Unternehmenszielen begründet.[35] Auch in diesem Fall muss der Arbeitgeber nachvollziehbar und überprüfbar darlegen, warum er nur mit Vollzeitkräften arbeiten kann. Allein ein entsprechender Wunsch ist als Begründung nicht ausreichend.[36]

[34] vgl. Krüger EuGH Slg. 1999, I-5127 sowie Nolte EuGH Slg. 1995, I-4625 insbesondere im Zusammenhang mit der Verhältnismäßigkeitsbegründung.

[35] vgl. Bilka EuGH Slg. 1986, 1607.

[36] vgl. Bilka a. a. O.

5.5.1 Regelungen zur Entgeltgleichheit im BGB und AGG

Der Grundsatz des gleichen Entgeltes für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit nach Art. 157 AEUV ist bei der Höhe der stillschweigend vereinbarten Vergütung nach § 612 BGB zu berücksichtigen.[37] Auf die nach wie vor festzustellende Benachteiligung von Frauen im Erwerbsleben bei Lohn- und Gehaltsfragen muss allerdings hingewiesen werden. Gleichwohl ist hier nicht der Ort, die sozial- und rechtspolitischen Gründe dieser Ungleichbehandlung zu thematisieren. Wie ausgeführt ist das EU-Primärrecht dann verletzt, wenn eine gleiche oder gleichwertige Arbeit genderabhängig schlechter bezahlt wird.

Zunächst wurde der Grundsatz der Entgeltgleichheit durch Verabschiedung der §§ 611 a und 611 b BGB umgesetzt.[38] Die vorgenannten BGB-Regelungen wurden mittlerweile durch das AGG abgelöst. Nach §§ 7, 2 Abs. 1 Nr. 2, 1 AGG ist eine Benachteiligung beim Arbeitsentgelt aufgrund Geschlechts verboten. Das Verbot nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG betrifft Benachteiligungen beim Arbeitsentgelt, die sich insbesondere aus individual- und kollektivrechtlichen Vereinbarungen ergeben.

5.5.2 Entgeltgleichbehandlung und Tarifautonomie

So hatte der EuGH bereits in der Krüger-Entscheidung[39] ausgeführt, dass sich das Entgeltgleichheitsgebot auch auf Tarifverträge erstreckt. Mithin erlangt dieser Grundsatz nicht nur bei der Höhe von tariflichen Löhnen und Gehältern sondern auch bei der Vereinbarung über tarifliche Lohn- und Gehaltsgruppen Bedeutung.[40] Entsprechende Regelungen sind auch in den §§ 17 Abs. 1, 1 AGG enthalten. Dies bedeutet, dass im Zweifel Art. 157 AEUV den Grundsatz der Tarifautonomie nach Art. 9 Abs. 3 GG verdrängt.[41]

So hatte die Rummler-Entscheidung die unionsrechtliche Unzulässigkeit sog. Leichtlohngruppen zur Folge.[42] Schon in den Tarifverträgen der Weimarer Republik aber auch nach 1945 war es üblich, Frauen für die gleiche Art von Arbeit in schlechter bezahlte Lohngruppen einzuordnen als Männer. Das BAG hat schon mit Urteil vom 15. Januar 1955 diese Praxis für unvereinbar mit Art. 3 Abs. 2 und 3 GG erklärt.[43] In dem entschiedenen Fall erhielten nach dem Tarifvertrag der niedersächsischen holzverarbeitenden Industrie weibliche Arbeitskräfte lediglich 75 % bzw. 80 % der betreffenden Männerlöhne.[44] Allerdings schlug das Gericht gleichzeitig

[37] vgl. BAG AP EWG-Vertrag, Art. 119 Nr. 42; Schlachter, Casebook Europäisches Arbeitsrecht, S. 118, 119.

[38] vgl. hierzu Schlachter a. a. O.; Körner NZA 2001, 1079; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 3 Rn. 37.

[39] vgl. Krüger EuGH Slg. 1999, I-5197.

[40] vgl. Wißmann ZTR 1994, S. 223; Schlachter a. a. O.

[41] vgl. u. a. Rummler EuGH Slg. 1986, 2101; ferner Körner NZA 2001, 1048.

[42] vgl. Körner NZA 2001, 1048.

[43] vgl. BAGE 1, 258.

[44] vgl. BAGE 1, 259.

ein Eingruppierungssystem vor, das auf der physischen Leistungsfähigkeit der Beschäftigten aufbaute und so den Effekt hatte, dass das Entgelt umso höher ausfiel, je physisch anstrengender die Arbeit war. Vor allem in der verarbeitenden Industrie führte dies dazu, dass Frauen vor allem in niedrig entlohnte, sog Leichtlohngruppen, eingeordnet wurden.[45]

Mit der Rummler-Entscheidung verwarf der EuGH nunmehr die vom BAG 1955 vorgeschlagenen Eingruppierungssysteme, deren abstrakt formulierte Kriterien von Männern besser erfüllt werden konnten als von Frauen. Zwar lehnte der EuGH ein solches System nicht grundsätzlich ab, verlangte von den Tarifvertragsparteien aber die Schaffung eines Eingruppierungssystems, bei dem auch Kriterien enthalten sein müssen, die die besonderen Fähigkeiten von Frauen berücksichtigen.[46]

5.5.3 Keine Benachteiligung von Teilzeit- und befristet Beschäftigten

Die mit der Jenkins-Entscheidung einsetzende Rechtsprechung zum Verbot der mittelbaren Diskriminierung[47] von Frauen hat erhebliche Auswirkungen für die betriebliche Praxis. Die im Arbeitsleben häufig noch anzutreffende Benachteiligung von Teilzeitkräften, zu denen auch Mini-Jobber gehören, bei Zusatzleistungen, Vergünstigungen und sonstigen Vorteilen ist wegen einer mittelbaren Diskriminierung von Frauen verboten.[48] Aus der Bilka-Entscheidung kann rückgeschlossen werden, dass es einem Arbeitgeber kaum gelingen dürfte, eine Benachteiligung von Teilzeitkräften im Vergleich zu Vollzeitkräften sachlich zu begründen. In Folge der Rinner-Kühn-Entscheidung wurde das Lohnfortzahlungsgesetz 1994 durch das Entgeltfortzahlungs-gesetz ersetzt.[49] Die §§ 1, 3 EntgeltfortzahlungsG knüpfen nur an das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses an, um Entgeltfortzahlungsansprüche im Krankheitsfall beanspruchen zu können. Die Ausnahmevorschrift für geringfügig Beschäftigte ist entfallen. Zudem besteht das bereits genannte Verbot der Diskriminierung von Teilzeit- und befristet Beschäftigten in den §§ 4, 5 TzBfG.[50]

[45] vgl. Körner a. a. O.

[46] vgl. zu den Folgen: Körner a. a. O.; ferner Wißmann in Festschrift für Schaub 1998, S. 793 ff; Grünberger in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 3 Rn. 200.

[47] Allerdings hatte das BVerfG schon in einer Entscheidung aus dem Jahr 1958 in seinem Parteifinanzierungsurteil Ausführungen zu einer möglichen mittelbaren Benachteiligung von Steuerpflichtigen gemacht, BVerfGE 8, 51 (64); ferner Griebeling NZA 1996, 450.

[48] vgl. Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 2 Rn. 29, § 3 Rn. 26; Schlachter, Casebook Europäisches Arbeitsrecht, S. 128; Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, S. 147, 148; Grünberger a. a. O., § 3 Rn. 139–155.

[49] vgl. hierzu Körner NZA 2001, 1087.

[50] Außerhalb der §§ 4, 5 TzBfG gibt es Regelungen über das Verbot mittelbarer Diskriminierung vor allem noch in § 3 Abs. 2 AGG; vgl. Schlachter a. a. O. S. 128 zu fehlenden Regelungen über mittelbare Diskriminierung im BGB.

Kritik hinsichtlich der Bötel-Entscheidung[51] gab es insbesondere im Zusammenhang mit der ehrenamtlichen Tätigkeit von Betriebsräten.[52] Die Ausübung des Betriebsratsamtes als Ehrenamt führe dazu, dass die Betriebsräte nicht für ihre Arbeit als Mitglieder des Betriebsrates entlohnt würden, sondern nur vor Nachteilen geschützt werden sollten.[53] Allerdings hat der EuGH seine Rechtsprechung auf Vorlage des BAG bestätigt.[54] Darüber hinaus haben Gerichte für Arbeitssachen auch einen Anspruch auf Ersatz von Kinderbetreuungskosten für die Zeit der Wahrnehmung von Schulungsveranstaltungen aus den §§ 37, 40 BetrVG hergeleitet.[55]

Zudem stellt der EuGH in der Burton-Entscheidung noch fest, dass das unterschiedliche Renteneintrittsalter nicht als diskriminierend angesehen werden kann. Dies ist insoweit konsequent, als Sozialversicherungsansprüche nicht unter den Entgeltbegriff des Art. 157 AEUV fallen (siehe Kap. 6). Gleichwohl sah der EuGH dann acht Jahre später in der im nächsten Kapitel behandelten Barber-Entscheidung in einem unterschiedlichen Renteneintrittsalter bei betrieblichen Altersversorgungssystemen eine unmittelbare Geschlechterdiskriminierung.[56]

5.5.4 Unterschiedliche Anwendungsbereiche von Art. 157 AEUV und den Antidiskriminierungs-Richtlinien

Aus der Burton- und der Seymour-Smith-Entscheidung wird der unterschiedliche Anwendungsbereich der primärrechtlichen Regelung von Art. 157 AEUV und der Antidiskriminierungs-Richtlinie 2006/54/EG deutlich. In der Burton-Entscheidung hat der EuGH ausgeführt, dass Art. 157 AEUV dann nicht betroffen sei, wenn Männern und Frauen zwar das jeweilige Entgelt gleichermaßen zusteht und nur die Anspruchsvoraussetzungen unterschiedlich sind. In diesem Fall kommt statt Art. 157 AEUV die Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen als Prüfungsmaßstab zur Anwendung. Aus der Seymour-Smith-Entscheidung wird deutlich, dass die Frage von Entschädigungszahlungen bei ungerechtfertigten Entlassungen im Zusammenhang mit Art. 157 AEUV überprüft werden können. Soweit es sich aber um eine Diskriminierung im Zusammenhang mit der Entlassung selbst und dem Anspruch auf Wiedereinstellung bzw. Weiterbeschäftigung handelt, ist Prüfungsmaßstab wiederum lediglich die sekundärrechtliche Gleichbehandlungs-Richtlinie 2006/54/EG, weil allgemein die Frage eine Diskriminierung im Arbeitsverhältnis und nicht die Entgeltungleichbehandlung im Vordergrund steht.

[51] vgl. zur Vorlage durch LAG Berlin BB 1991, 142

[52] vgl. Körner NZA 2001, 1048.

[53] vgl. Körner a. a. O.

[54] vgl. BAGE 74, 351; Johanna Lewark EuGH NZA 1996, 319.

[55] vgl. LAG Frankfurt/Main NZA-RR 1998, 121.

[56] vgl. hierzu Barber EuGH Slg. 1990, I-1889; ferner Griebeling NZA 1996, 449.

1. Primärrechtliche Kompetenznorm Art. 19 AEUV	Schaffung geeigneter Vorkehrungen, um Diskriminierungen zu bekämpfen.
2. Ziel (Art. 1)	Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen.
3. Geltungsbereich (Art. 1 Abs. 2)	- Zugang zur Beschäftigung einschließlich des beruflichen Aufstiegs und der Berufsbildung - Arbeitsbedingungen einschließlich des Entgelts - betriebliche Systeme der sozialen Sicherheit
4. Positive Maßnahmen (Art. 3)	Zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung in der Praxis können spezifische Maßnahmen zum Ausgleich von Benachteiligungen aufgrund des Geschlechts beibehalten oder beschlossen werden.
5. Diskriminierungsverbote (Art. 4, 5)	- hinsichtlich des Entgelts und der Entgeltsysteme - hinsichtlich betrieblicher Systeme der sozialen Sicherheit
6. Diskriminierungsverbote für den Zugang zur Beschäftigung/zum beruflichen Aufstieg (Art. 14)	- Bedingungen für den Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit - Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung, der Berufsbildung, der beruflichen Weiterbildung und der Umschulung - Beschäftigungsbedingungen einschließlich Entlassungsbedingungen - Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberorganisation
7. Schadenersatz oder Entschädigung (Art. 18)	Mitgliedsstaaten treffen im Rahmen ihrer Rechtsordnung erforderliche Maßnahmen, damit durch Diskriminierung entstandener Schaden tatsächlich und wirksam ausgeglichen oder ersetzt wird.
8. Beweislastregelungen (Art. 19)	Mitgliedsstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um effektiven Rechtsschutz bei Diskriminierung wegen des Geschlechts zu gewährleisten.

Abb. 5.1 Richtlinie 2006/54/EGzur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen

6 Entgeltdiskriminierung nach Art. 157 AEUV und Gleichbehandlung im Bereich der sozialen Sicherheit

► • Richtlinie 79/7/EWG zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit[1] (siehe Abb. 6.1)

Wie im vorangegangenen Kapitel bereits ausgeführt, hat der EuGH sich auch mit der Frage zu befassen, inwieweit bei Sozialversicherungsleistungen das Gleichbehandlungsgebot zur Anwendung kommt. Dogmatisch geht es um die Frage, ob Sozialversicherungsleistungen unter den Entgeltbegriff nach Art. 157 AEUV fallen.[2] In Anbetracht der Tatsache, dass Frauen wegen Kindererziehungszeiten, Teilzeittätigkeit oder niedrigerer Eingruppierung[3] regelmäßig erheblich niedrigere Rentenansprüche haben als Männer, kommt dieser Frage besondere sozialpolitische Brisanz zu.

6.1 Ausschluss gesetzlicher Sozialversicherungsansprüche aus dem Anwendungsbereich von Art. 157 AEUV

Bislang hat der EuGH gesetzliche Sozialversicherungsansprüche dem Anwendungsbereich des Art. 157 AEUV entzogen.[4] Grundsätzlich können Sozialversicherungsansprüche allein aufgrund des Umstandes, dass sie erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfüllt werden, nicht dem Anwendungsbereich von Art. 157

[1] ABl. 1979 Nr. L 6 S. 24.

[2] vgl. Defrenne EuGH Slg. 1971, I-445; Barber EuGH Slg. 1990, I-1889; Fuchs/Marhold a. a. O., S. 180.

[3] vgl. u. a. Rummler EuGH Slg. 1986, 2101; ferner Körner NZA 2001, 1048.

[4] vgl. hierzu Schlachter, Casebook Europäisches Arbeitsrecht, S. 166; Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, S. 180; Grünberger in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 3 Rn. 38; Barnard, EU-Employment-Law, 4. Auflage, S. 299.

P. Hantel, *Europäisches Arbeitsrecht,* Springer-Lehrbuch,
DOI 10.1007/978-3-662-46894-4_6

AEUV entzogen werden.[5] Gleiches gilt für den Aspekt, dass Sozialversicherungsansprüche in den meisten Mitgliedsstaaten gesetzlich und nicht vertraglich geregelt sind.[6] Gleichwohl dürfte entscheidend sein, dass Sozialversicherungsansprüche keine unmittelbaren arbeitsvertraglichen Ansprüche darstellen. Auch die Richtlinie 2006/54/EG bezieht sich nach Art. 1 nur auf Arbeits- und Beschäftigungsfragen und daher nicht auf Sozialversicherungsansprüche. In Art. 7 und 1 Abs. 2 der Richtlinie 2006/54/EG ist daher nur die Gleichbehandlung hinsichtlich betrieblicher und nicht gesetzlicher Systeme der sozialen Sicherheit vorgeschrieben.

EU-weite Regelungen im Zusammenhang mit Sozialversicherungsansprüchen sind dagegen in der nachfolgend dargestellten speziellen Richtlinie 79/7/EWG enthalten. Daher fallen gesetzliche Sozialversicherungsansprüche nicht in den Anwendungsbereich von Art. 157 AEUV bzw. der Richtlinie 2006/54/EG, sondern in den Anwendungsbereich der Richtlinie 79/7/EWG.

6.2 Die Richtlinie 79/7/EWG zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit

Unionsrechtlich werden somit die sozialversicherungs-rechtlichen Ansprüche durch die Spezialvorschrift der Richtlinie 79/7/EWG geregelt.[7] Die Richtlinie 79/7/EWG hat zum Ziel, dass auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit und der sonstigen Bestandteile der sozialen Sicherung der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit schrittweise verwirklicht wird. Der Anwendungsbereich der Richtlinie erstreckt sich daher auf die Bereiche der gesetzlichen Sozialsysteme, die Schutz gegen die Risiken wie Krankheit, Invalidität, Alter, Arbeitsunfall und Berufskrankheit sowie Arbeitslosigkeit bieten, Art. 1, 3 Richtlinie 79/7/EWG.

Der in Art. 4 Abs. 1 enthaltene Grundsatz der Gleichbehandlung beinhaltet den Fortfall jeglicher unmittelbarer oder mittelbarer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand, und zwar insbesondere betreffend den Anwendungsbereich der Sozialsysteme sowie die Bedingungen für den Zugang, die Beitragspflicht und die Berechnung der Beiträge sowie die Berechnung der Leistungen einschließlich Zuschläge für Ehegatten und für unterhaltsberechtigte Personen. Daher haben nach Art. 4 und 5 der Richtlinie 79/7/EWG die Mitgliedsstaaten die notwendigen Maßnahmen sicherzustellen, um mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz unvereinbare Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu beseitigen.

Allerdings haben die Mitgliedsstaaten nach Art. 7 der Richtlinie 79/7/EWG die Befugnis, bestimmte Leistungen und Sachverhalte vom Anwendungsbereich der

[5] vgl. Garland EuGH Slg. 1982, 359.

[6] vgl. Schlachter a. a. O., S. 106; Fuchs/Marhold a. a. O.; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 9 Rn. 64–68; ferner Grünberger a. a. O.

[7] vgl. Schlachter a. a. O.; Fuchs/Marhold a. a. O.

Richtlinie und damit von dem Gleichbehandlungsgebot nach Art. 4, 5 Richtlinie 79/7/EWG auszunehmen. So verbleibt die Festsetzung des Rentenalters für die Gewährung der Altersrente oder Ruhestandsrente sowie etwaige Auswirkungen auf andere Leistungen nach Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 79/7/EWG in der Befugnis der Mitgliedsstaaten. Auch können diese nach Art. 7 Abs. 1 b der Richtlinie 79/7/EWG Vergünstigungen für die Personen, welche Kinder aufgezogen haben, auf dem Gebiet der Altersversicherung unberücksichtigt lassen.[8] Der EU-Gesetzgeber hat daher in Art. 7 der Richtlinie 79/7/EWG zum Ausdruck gebracht, dass wesentliche Gebiete und Grundsätze der gesetzlichen Sozialversicherung im Kompetenzbereich der Mitgliedsstaaten verbleiben und Sozialversicherungsansprüche daher nach anderen Grundsätzen zu beurteilen sind als arbeitsvertragliche Entgeltansprüche.

6.3 Praktische Fallbeispiele

In Anbetracht der erheblichen sozialen Folgen kann es nicht verwundern, dass der EuGH sich regelmäßig mit Fragen der Einbeziehung sozialversicherungsrechtlicher Ansprüche (Defrenne, Nolte u. Gómez)[9] in den Anwendungsbereich von Art. 157 AEUV zu befassen hatte. Dabei war zudem auch zwischen betrieblichen Altersversorgungsleistungen und gesetzlichen Altersversorgungsansprüchen zu unterscheiden (Barber).[10]

6.3.1 Fall Defrenne EuGH Slg. 1971, 445

Die belgische Staatsangehörige Defrenne wurde von der „Société anonyme de navigation aérienne Sabena“ am 1. Dezember 1951 als Bordstewardess eingestellt. Am 15. Februar 1968, dem Tag an dem sie 40 Jahre alt wurde, endete ihr Arbeitsverhältnis entsprechend einer Vereinbarung im Arbeitsvertrag, wonach das weibliche Bordpersonal nicht älter als 40 Jahre sein durfte. Wegen dieser Regelung setzt sich D beim Arbeitsgericht zur Wehr. Hinsichtlich der Höhe ihres Rentenanspruchs klagt D vor dem Belgischen Sozialgericht. D rügt gegenüber der belgischen Rentenversicherung, dass Zeiten – die sie im Rahmen der Erziehung ihrer Kinder außerhalb des Arbeitslebens verbracht hat – nicht ausreichend bei der Rentenberechnung berücksichtigt werden. Der zuständige Conseil d`Etat legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die Altersrente, die im Rahmen der durch die Beiträge von Arbeitgebern und Arbeitnehmern sowie durch staatliche Zuschüsse finanzierte Sozialversicherung gewährt wird, eine Vergütung aufgrund eines Dienstverhältnisses und damit ein Entgelt im Sinne von Art. 157 Abs. 1 AEUV darstelle.

[8] vgl. Gómez-Limón Sánchez-Camacho EuGH Slg. 2009, I-6525.

[9] vgl. Defrenne EuGH Slg. 1971, 445; Nolte EuGH Slg. 1995, I-4625; Gómez-Limón Sánchez-Camacho EuGH Slg. 2009, I-6525.

[10] vgl. Barber EuGH Slg. 1990, I-1889.

Der EuGH sieht in Leistungen des Arbeitgebers zur staatlichen Sozialversicherung kein Entgelt im Sinne von Art. 157 AEUV. Demnach können Ansprüche auf Leistungen, solange sie unmittelbar durch Gesetz geregelt werden und zwingend für eine nur allgemein umschriebene Gruppe von Arbeitnehmern gelten, nicht unter den gemeinschaftsrechtlichen Entgeltbegriff subsumiert werden. Eine Ausnahme bestehe allerdings dann, wenn die Zahlung von Sozialversicherungsleistungen sich unmittelbar auf eine arbeitsvertragliche Vereinbarung zurückführen lässt. Für die Qualifikation einer Vergütung als Entgelt im Sinne von Art. 157 AEUV ist damit entscheidend, dass sie ihren Ursprung in einer vertraglichen, auf dem konkreten Arbeitsverhältnis beruhenden Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber finden und keine finanzielle Unterstützung durch staatliche Stellen erfährt.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Nach Art. 119 Abs. 1 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 157 AEUV) sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit zu gewährleisten. In Abs. 2 dieser Vorschrift wird der Begriff des Entgelts auf alle gegenwärtigen oder künftigen in bar oder in Sachleistungen gezahlten Vergütungen ausgedehnt, vorausgesetzt dass sie der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer wenigstens mittelbar aufgrund des Dienstverhältnisses zahlt. (Rn. 5/6)
2. Jedoch können unmittelbar durch Gesetz geregelte, keinerlei vertragliche Vereinbarungen innerhalb des Unternehmens oder in dem betroffenen Gewerbezweig zulassende Sozialversicherungssysteme oder -leistungen, insbesondere Altersrenten, die zwingend für allgemein umschriebene Gruppen von Arbeitnehmern gelten, nicht in den Entgeltbegriff einbezogen werden, wie er in Art. 119 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 157 AEUV) begrenzt ist. Denn diese Regelungen sichern den Arbeitnehmern Ansprüche aus gesetzlichen Systemen, an deren Finanzierung Arbeitnehmer, Arbeitgeber und gegebenenfalls die öffentliche Hand in einem Maße beteiligt sind, das weniger vom Dienstverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer als von sozialpolitischen Erwägungen abhängt. (Rn. 7/12)
3. Der Arbeitgeberanteil an der Finanzierung solcher Systeme stellt daher keine unmittelbare oder mittelbare Zahlung an den Arbeitnehmer dar. Letzterer wird die gesetzlich vorgeschriebenen Leistungen nicht aufgrund des Arbeitgeberbeitrags, sondern allein deshalb erhalten, weil er die gesetzlichen Voraussetzungen des Leistungsanspruchs erfüllt. Dies alles gilt auch für die Sonderregelungen, die im Rahmen des allgemeinen gesetzlichen Sozialversicherungssystems speziell für bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern gelten. Es ist daher festzustellen, dass Diskriminierungen, die sich etwa aus der Anwendung eines solchen Systems ergeben, nicht unter Art. 119 des Vertrages (nunmehr Art. 157 AEUV) fallen. (Rn. 7/12)
4. Nach alledem stellt im Sinne von Art. 119 Abs. 2 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 157 AEUV) eine im Rahmen eines gesetzlichen Sozialversicherungssys-

tems gewährte Altersrente keine Vergütung dar, die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer zahlt. (Rn. 13)

6.3.2 Fall Barber EuGH Slg. 1990, I-1889[11]

Das betriebliche Altersversorgungssystem der Royal Exchange Insurance Group gewährt männlichen Arbeitnehmern Rentenzahlungen ab Vollendung des 62. und weiblichen Arbeitnehmern ab Vollendung des 57. Lebensjahres. Diese Differenzierung entsprach derjenigen des nationalen Systems der sozialen Sicherheit, nach dessen Bestimmung das gesetzliche Rentenalter für Männer 65 und für Frauen 60 Jahre beträgt. Das betriebliche Altersversorgungssystem der Royal Exchange Assurance Group trat im vorliegenden Fall an die Stelle des gesetzlichen Systems der Rentenzahlung (sog. contracted-out). Bei einer freiwilligen Lösung des Arbeitsverhältnisses gewährt die Rentenkasse des Arbeitgebers entsprechend einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung einen Anspruch auf sofort zahlbare Rente, wenn Männer das Alter von 55 Jahren und Frau von 50 Jahren erreichen. Der Kläger B wurde 1990 im Alter von 52 Jahren aus betrieblichen Gründen entlassen und erhielt die gesetzlich vorgeschriebene Abfindung. Ein Betriebsrentenanspruch stand ihm erst mit 55 bzw. 62 Jahren zu. Es war unstreitig, dass sich eine in vergleichbarer Lage wie der Kläger befindliche Frau sofort eine Rente und eine gesetzliche Abfindung erhalten hätte. B fühlt sich aufgrund seines Geschlechts in gesetzeswidriger Weise diskriminiert und klagt vor dem Industrial Tribunal. Der Court of Appeal London legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob Leistungen der betrieblichen Altersversorgung in den Anwendungsbereich von Art. 119 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 157 AEUV) fallen.

Betriebliche Renten – die im Zusammenhang mit dem Dienst- bzw. Arbeitsverhältnis gezahlt werden – fallen nach Auffassung des EuGH in den Anwendungsbereich von Art. 157 AEUV. Dies gilt auch vorliegend für den Fall, dass die betriebliche Altersrente den gesetzlichen Rentenanspruch nicht ergänzt sondern ausschließt. Der EuGH bejaht daher den „Entgeltcharakter“ und sieht in der Regelung eine unzulässige Entgeltdiskriminierung der männlichen Arbeitnehmer. Gleichwohl verneint der EuGH eine rückwirkende Geltung seiner Entscheidung. Grund hierfür war, dass im Rahmen des Verfahrens das vereinigte Königreich auf mögliche schwerwiegende finanzielle Auswirkungen hinwies, da die Zahl der an solchen Systemen angeschlossenen Arbeitnehmer sehr hoch sei. Diese betrieblichen Altersversorgungssysteme weichen regelmäßig von dem Grundsatz der Gleichheit von Männern und Frauen in der Weise ab, dass sie ein unterschiedliches Rentenalter und daher einen unterschiedlichen Zeitpunkt auf Rentenanspruch vorsehen.

[11] siehe auch NJW 1991, 2204; NZA 1990, 775; EuZW 1990, 283.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Vergütungen bzw. Leistungen der sozialen Sicherheit sind grundsätzlich nicht vom Entgeltbegriff nach Art. 119 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 157 AEUV) auszuschließen. In diesen Begriff können aber Ansprüche aus Sozialversicherungssystemen nicht mit einbezogen werden, die unmittelbar durch Gesetz geregelt sind, keinerlei vertragliche Vereinbarungen innerhalb des Unternehmens oder des betroffenen Gewerbezweigs zulassen und zwingend für allgemein umschriebene Gruppen von Arbeitnehmern gelten. (Rn. 22)
2. Diese Regelungen sichern den Arbeitnehmern nämlich die Vorteile aus gesetzlichen Systemen, an deren Finanzierung Arbeitnehmer, Arbeitgeber und gegebenenfalls die öffentliche Hand in einem Maße beteiligt sind, das weniger vom Dienstverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer als von sozialpolitischen Erwägungen abhängt. (Rn. 23)
3. Die im vorliegenden Fall in Rede stehenden Systeme beruhen aber entweder auf einer Vereinbarung zwischen den Sozialpartnern oder auf einseitiger Entscheidung des Arbeitgebers. Sie werden ohne jede Beteiligung der öffentlichen Hand in vollem Umfang vom Arbeitgeber oder von diesem und den Arbeitnehmern gemeinsam finanziert. Demgemäß gehören solche Systeme zu den Vergütungen, die der Arbeitgeber den Arbeitnehmern gewährt. Dabei spielt es keine Rolle, dass es sich um eine an die Stelle des gesetzlichen Systems getretene betriebliche Altersversorgung handelt. (Rn. 25)
4. Folglich sind Renten , die im Rahmen eines an die Stelle des gesetzlichen Systems getretenen betrieblichen Systems gezahlt werden , im Unterschied zu den Leistungen der nationalen gesetzlichen Systeme der sozialen Sicherheit Vergütungen, die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer zahlt; sie fallen somit in den Anwendungsbereich von Art. 119 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 157 AEUV). (Rn. 28)
5. Wenn eine Frau bei ihrer betriebsbedingten Entlassung sofort Anspruch auf eine Rente hat, während ein Mann gleichen Alters unter den gleichen Umständen nur eine Anwartschaft auf eine später zu zahlende Rente hat, so liegt ein ungleiches Entgelt für diese beiden Gruppen von Arbeitnehmern vor. (Rn. 38)
6. In Anbetracht der finanziellen Auswirkungen schließen Gründe der Rechtssicherheit eine rückwirkende Geltung dieser Entscheidung aus. Eine Ausnahme gilt nur für solche Personen, die rechtzeitig Schritte zur Wahrung ihrer Ansprüche unternommen haben. (Rn. 44)

6.3.3 Fall Nolte EuGH Slg. 1995, I-4625[12]

Die 1930 geborene Klägerin arbeitete bis 1965 beitragspflichtig. Wegen Kindererziehung und anschließender geringfügiger Beschäftigung hat sie danach keine weiteren Pflichtbeiträge zur Rentenversicherung abgeführt. Sie war zuletzt von

[12] siehe auch NJW 1996, 445; NZA 1996, 129; NVwZ 1996, 369.

1977 bis März 1987 geringfügig beschäftigt (als Reinigungskraft) und hörte dann auf zu arbeiten. Seit Juni 1988 leidet sie an einer schweren Krankheit, so dass sie nicht mehr in der Lage ist, regelmäßig einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. 1988 beantragte sie die Gewährung einer Rente wegen Erwerbsunfähigkeit, die mit der Begründung abgelehnt wurde, dass sie in den letzten 60 Kalendermonaten vor Eintritt der Erwerbsunfähigkeit keiner versicherungspflichtigen Beschäftigung nachgegangen sei (§ 43 SGB VI). Nach dem deutschen Sozialversicherungsrecht sind zum Bezug einer Erwerbsunfähigkeitsrente nur jene Versicherten berechtigt, die vor Eintritt der Erwerbsunfähigkeit mindestens 3 Pflichtjahre in der Rentenversicherung vorweisen können. Geringfügig Beschäftigte sind nicht versicherungspflichtig, § 5 Abs. 2 SGB VI, 43 Abs. 1 Nr. 2 SGB VI, § 8 Abs. 1, 8 a SGB IV. Begründet wird die Versicherungsfreiheit von geringfügig Beschäftigten damit, dass nur so in diesem Bereich zusätzliche Beschäftigungs-möglichkeiten geschaffen werden können. Das Sozialgericht Hannover legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob eine Diskriminierung nach Richtlinie 79/7/EWG vorliege, wenn Beschäftigungen mit regelmäßig weniger als 15 h vom System der gesetzlichen Rentenversicherung ausgeschlossen werden.

Da es sich im vorliegenden Fall um sozialversicherungsrechtliche Ansprüche handelt, nimmt der EuGH keine Prüfung im Zusammenhang mit Art. 157 AEUV vor. Der EuGH lehnt zudem das Vorliegen einer unmittelbaren und auch mittelbaren Diskriminierung nach Richtlinie 79/7/EWG ab, da die Strukturprinzipien des nationalen Sozialversicherungsrechts in die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedsländer fallen.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Nach ständiger Rechtsprechung steht der Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 79/7/EWG der Anwendung einer nationalen Maßnahme entgegen, die zwar neutral formuliert ist, tatsächlich aber einen wesentlich höheren Prozentsatz Frauen als Männer benachteiligt, sofern diese Maßnahme nicht durch objektive Faktoren gerechtfertigt ist, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben. Dies ist der Fall, wenn die gewählten Mittel einem legitimen Ziel der Sozialpolitik des Mitgliedstaats dienen, um dessen Rechtsvorschriften es geht, und zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sind. (Rn. 28)
2. Beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts sind die Mitgliedstaaten für die Sozialpolitik zuständig. Folglich ist es ihre Sache, die Maßnahmen zu wählen, die zur Verwirklichung ihrer sozial- und beschäftigungspolitischen Ziele geeignet sind. Bei der Ausübung dieser Zuständigkeit verfügen die Mitgliedstaaten über einen weiten Entscheidungsspielraum. (Rn. 33)
3. Das sozial- und beschäftigungspolitische Ziel, hat objektiv nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun. Der deutsche Gesetzgeber konnte bei der Ausübung seiner Befugnis zudem in vertretbarer Weise davon ausgehen, dass die fraglichen Rechtsvorschriften zur Erreichung dieses Ziels erforderlich waren. (Rn. 34)

4. Somit können die zur Prüfung vorgelegten sozialversicherungsrechtlichen Rechtsvorschriften nicht als mittelbare Diskriminierung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 79/7/EWG angesehen werden. (Rn. 35)

6.3.4 Fall Gómez-Limón Sánchez-Camacho EuGH Slg. 2009, I-6525

Frau S war als Verwaltungshilfskraft in der spanischen Alcampo SA, einem Großhandelsbetrieb, seit 1986 in Vollzeit beschäftigt. Im Jahr 2001 vereinbarte Frau S nach der damaligen spanischen Regelung zur Arbeitszeitreduzierung für Arbeitnehmer, die in Ausübung des gesetzlichen Sorgerechts ein Kind unter sechs Jahren zu betreuen hatten, eine Reduzierung ihrer täglichen Arbeitszeit um 1/3. Zugleich wurden die Beiträge zum allgemeinen System der sozialen Sicherheit in demselben Maße gekürzt. Nachdem bei Frau S in Folge psychischer und funktionaler Störungen eine dauernde vollständige Invalidität festgestellt wurde, erhielt sie eine Rente in Höhe von 55 % der entsprechenden Bemessungsgrundlage. Die Berechnung dieser Bemessungsgrundlage erfolgte auf Grundlage der an das öffentliche Sozialversicherungssystem zu entrichtenden Beiträge. Da Frau S aufgrund ihrer Teilzeittätigkeit von 2001 bis 2004 nur eine reduzierte Rente erhielt, rügt sich eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen und insbesondere dieses Grundsatzes im Bereich der sozialen Sicherheit im Sinne der Richtlinie 79/7/EWG. Das Juzgado de lo Social de Madrid legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit nach Richtlinie 79/7/EWG dem entgegenstehe, dass ein Arbeitnehmer während der Zeit des Elternurlaubs in Teilzeit weniger Ansprüche auf Rente erwirbt als wenn er in Vollzeit gearbeitet hätte.

Da es sich im vorliegenden Fall um sozialversicherungsrechtliche Ansprüche handelt, erfolgt keine Prüfung im Zusammenhang mit Art. 157 AEUV. Der EuGH lehnt zudem das Vorliegen einer unmittelbaren und auch mittelbaren Diskriminierung nach Richtlinie 79/7/EWG ab, da die Strukturprinzipien des nationalen Sozialversicherungsrechts in die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedsländer fallen. Die Nichtberücksichtigung von Kindererziehungszeiten bewegt sich noch im Rahmen des Entscheidungsermessens der Mitgliedsstaaten für die Sozialpolitik entsprechend Art. 7 der Richtlinie 79/7/EWG.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn eine nationale Maßnahme zwar neutral formuliert ist, in ihrer Anwendung aber wesentlich mehr Frauen als Männer benachteiligt. (Rn. 54)
2. Wie das vorlegende Gericht ausführt, entscheiden sich Frauen häufiger als Männer für Arbeitszeitreduzierungen in Verbindung mit einer entsprechenden Verringerung ihres Gehalts, um sich der Kindererziehung zu widmen, was eine Verminderung der aus dem Arbeitsverhältnis abgeleiteten sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche zur Folge hat. (Rn. 55)

3. Die einschlägige spanische Sozialversicherungsvorschrift sieht vor, dass die Höhe der Rente wegen dauernder Invalidität auf der Grundlage der vom Arbeitnehmer im Referenzzeitraum tatsächlich gezahlten Beiträge zu berechnen ist, im vorliegenden Fall auf der Grundlage der acht Jahre, die dem Eintritt des Risikos vorausgehen. Da der Arbeitnehmer während der Zeit des Elternurlaubs in Teilzeit wegen der Reduzierung seiner Arbeitszeit ein niedrigeres Gehalt bezieht, sind die Beiträge, die einen Anteil seines Gehalts darstellen, ebenfalls verringert, und hieraus ergibt sich ein Unterschied beim Erwerb von Ansprüchen auf künftige Leistungen der sozialen Sicherheit zwischen vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern und solchen, die einen Elternurlaub in Teilzeit in Anspruch nehmen. (Rn. 58)
4. Allerdings steht das Gemeinschaftsrecht einer zeitanteiligen Berechnung des Ruhegehalts bei Teilzeitbeschäftigung nicht entgegen. Neben der Zahl der Dienstjahre stellt auch die Berücksichtigung der vom Betreffenden während seiner Laufbahn tatsächlich abgeleisteten Dienstzeit im Vergleich zu demjenigen, der während seiner gesamten Laufbahn vollzeitbeschäftigt war, ein objektives Kriterium ohne Bezug zu einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar, das eine proportionale Kürzung seiner Ruhegehaltsansprüche zulässt. (Rn. 59)
5. Zur Richtlinie 79/7/EWG ist festzustellen, dass sie nach ihrem ersten Erwägungsgrund und ihrem Art. 1 lediglich die schrittweise Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit bezweckt. Nach Art. 7 Abs. 1 Buchst. b dieser Richtlinie sind die Mitgliedstaaten daher befugt, den Erwerb von Ansprüchen auf Leistungen der sozialen Sicherheit aufgrund gesetzlicher Regelungen im Anschluss an Zeiträume der Beschäftigungsunterbrechung wegen Kindererziehung aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie auszuschließen. (Rn. 60)
6. Daraus folgt, dass die Regelung hinsichtlich des Erwerbs von Ansprüchen auf Leistungen der sozialen Sicherheit im Anschluss an Zeiten der Beschäftigungsunterbrechung wegen Kindererziehung noch in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt. (Rn. 61)
7. Die Richtlinie 79/7/EWG verpflichtet die Mitgliedsstaaten daher in keiner Weise, Personen, die Kinder aufgezogen haben, Vergünstigungen auf dem Gebiet der Alterssicherung zu gewähren. (Rn. 62)

6.4 Auswirkung auf die deutsche Rechtsordnung und die arbeitsrechtliche Praxis

Obwohl – wie eingangs bereits ausgeführt – die wesentlichen Kompetenzen im Bereich des Sozialversicherungswesens bei den Mitgliedsstaaten verblieben sind, beschränken sich die Auswirkungen der dargestellten Entscheidungen nicht nur auf die betriebliche Altersversorgung, sondern haben mittelbar auch Auswirkung auf das deutsche Sozialversicherungssystem insgesamt gehabt.

6.4.1 Kein unterschiedliches Rentenzugangsalter in der betrieblichen Altersversorgung

Nach der Barber-Entscheidung kann zunächst davon ausgegangen werden, dass ein unterschiedliches Rentenzugangsalter für Männer und Frauen in jedem Fall im Bereich der betrieblichen Altersversorgung unzulässig ist.[13] Noch in der Burton-Entscheidung hat der EuGH es für zulässig erachtet, dass die Fälligkeit von Abfindungsansprüchen mit einem unterschiedlichen Renteneintrittsalter gekoppelt wird, was mit der Barber-Entscheidung obsolet wurde.[14] Da zum Zeitpunkt der Barber-Entscheidung in den meisten EU-Staaten ein unterschiedliches gesetzliches Renteneintrittsalter bestand, sahen die betrieblichen Altersversorgungssysteme entsprechend dem Grundsatz des Gleichlaufs zwischen gesetzlicher und betrieblicher Altersrente unterschiedliche Fälligkeiten vor.[15] Da eine solche unterschiedliche Behandlung im Bereich der betrieblichen Altersversorgung mit der Barber-Entscheidung unzulässig war, wären die finanziellen Auswirkungen erheblich oder gar „verheerend“ gewesen.[16]

6.4.2 Gleichheitsverstoß erfordert Anpassung nach oben

Verheerend wären die Auswirkungen insbesondere deshalb gewesen, weil bei einem Gleichheitsverstoß eine Anpassung nach oben erfolgt, d. h. die benachteiligte Gruppe ist so zu behandeln wie die bevorzugte.[17] Nur eine solche Anpassung nach oben stellt sicher, dass die Diskriminierung unverzüglich und vollständig beseitigt wird.[18] Um eine solche Anhebung nach oben für die betrieblichen Altersversorgungssysteme in der EU in Anbetracht der erheblichen finanziellen Belastungen zu vermeiden, hat der EuGH sein Urteil auf künftige Anwartschaften und Ansprüche beschränkt und eine rückwirkende Geltung ausgeschlossen.

Gleichwohl waren für die Zeit nach Erlass des Urteils am 17. Mai 1990 die betrieblichen Anwartschaften entsprechend den Vorgaben aus der Barber-Entscheidung anzupassen, was dann auch in Deutschland unter Beachtung einer Übergangsfrist mit einer Novellierung des BetrAVG geschehen ist.[19] Auch das BAG hat Regelungen in den nach deutschem Recht aufgestellten Versorgungsordnungen, die

---

[13] vgl. Griebeling NZA 1996, 449; Zuleeg AuR 1994, 77; Schlachter, Casebook Europäisches Arbeitsrecht, S. 162, 163; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 9 Rn. 64–68.

[14] vgl. Burton EuGH Slg. 1982, 554; ferner Griebeling a. a. O.

[15] vgl. Griebeling a. a. O.; Riesenhuber a. a. O.

[16] vgl. Griebeling a. a. O.; Riesenhuber a. a. O.

[17] vgl. Kowalska EuGH Slg. 1990, I-2571; BAG NZA 2012, 161; BAG NZA-RR 2012, 100, 101; ferner Spelge in Groeger, Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, 2. Auflage, S. 913 sowie Schütz u. a., Casebook Europarecht, S. 825 ff; Grünberger in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 3 Rn. 252.

[18] vgl. Schütz a. a. O.; Grünberger a. a. O.

[19] vgl. Griebeling NZA 1996, 451.

an ein unterschiedliches Rentenzugangsalter anknüpfen, für die Zeit vor der oben genannten EuGH-Entscheidung als zulässig erachtet.[20]

6.4.3 Rentenzugangsalter in der gesetzlichen Altersversorgung

Die Barber-Entscheidung hat aber mittelbar auch Auswirkungen auf die nationalen Regelungen über gesetzliche Altersversorgungsansprüche gehabt.[21] Zwar war die Barber-Entscheidung nicht unmittelbar auf staatliche Altersversorgungsleistungen anwendbar, da diese wie ausgeführt nicht dem Schutzbereich von Art. 157 AEUV unterliegen. So gab es auch im deutschen Recht bis 1992 in der gesetzlichen Rentenversicherung unterschiedliche Altersgrenzen für Männer und Frauen. Die Regelaltersgrenze war durch das Angestelltenversicherungsgesetz und die Reichsversicherungsordnung für Frauen auf die Vollendung des 60. und für Männer auf die Vollendung des 65. Lebensjahres festgelegt.[22] Es handelte sich insoweit um eine unterschiedliche Behandlung zwischen Männern und Frauen, deren Vereinbarkeit mit den damaligen Regelungen von Art. 3 Abs. 2 und 3 GG thematisiert wurde.[23]

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1987 hat das BVerfG es als mit Art. 3 Abs. 2 GG vereinbar angesehen, wenn Frauen Altersruhegeld aus der gesetzlichen Rentenversicherung im Unterschied zu Männern bereits mit Vollendung des 60. Lebensjahres beziehen können. Grund hierfür sei der Aspekt des sozialen Ausgleichs. Es sollen faktische Nachteile ausgeglichen werden, die im Recht der gesetzlichen Rentenversicherung typischerweise Frauen treffen, wie Zeiten des Mutterschutzes, der Versorgung der Familie, erhöhte Teilzeittätigkeit, Pflege von Angehörigen.[24] Allerdings hat das BVerfG in dieser Entscheidung bereits dem Gesetzgeber aufgetragen zu prüfen, ob von solchen Nachteilen noch in Anbetracht eines sich vollziehenden gesellschaftlichen Wandels auch künftig auszugehen sei, um gegebenenfalls eine Anpassung vorzunehmen. In Folge solcher veränderter gesellschaftlicher Verhältnisse hat der Gesetzgeber im Rentenreformgesetz 1992 eine stufenweise Anpassung des Renteneintrittsalters zwischen Männern und Frauen vorgenommen, die im Jahr 2012 abgeschlossen war. Seit diesem Zeitpunkt ist das Renteneintrittsalter für Männer und Frauen nach § 35 SGB VI identisch.

6.4.4 Nachteile für Frauen in der gesetzlichen Altersversorgung

Die nachteiligen Auswirkungen der oben genannten Urteile des EuGH und des BVerfG für Frauen liegen dabei auf der Hand. Aus den Entscheidungen Defrenne,

---

[20] vgl. BAG AP BetrAVG § 1 Gleichbehandlung, Nr. 32; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, S. 224.

[21] vgl. Griebeling a. a. O.; Riesenhuber a. a. O.

[22] vgl. BVerfGE 74, 163; Griebeling NZA a. a. O., 450.

[23] vgl. BVerfGE a. a. O.

[24] vgl. BVerfGE a. a. O.

Nolte und Gómez-Limón wird deutlich, dass Frauen trotz der aufgrund von Entbindungs- und Kinderbetreuungszeiten sowie Teilzeittätigkeiten niedrigeren Rentenanwartschaftsansprüche, eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht geltend machen können. Gesetzliche bzw. staatliche Sozialversicherungsansprüche fallen aus den genannten Gründen nicht in den Schutzbereich von Art. 157 AEUV und der Antidiskriminierungs-Richtlinien.[25] Die allein einschlägige Richtlinie 79/7/EWG gibt den Mitgliedsstaaten – wie aus der Entscheidung Gómez-Limón Sánchez-Camacho deutlich wird – einen sehr weiteren Gestaltungsspielraum bei der Frage, welche Umstände und Zeiten bei der Rentenanwartschaft keine Anwendung finden. Dagegen haben die früheren gesetzlichen Rentenversicherungsregelungen diese Umstände im Rahmen eines sozialen Ausgleichs mit dem früheren Renteneintrittsalter berücksichtigt. Zwar lag diesen Regelungen ein tradiertes und mittlerweile sicherlich nicht mehr zeitgemäßes Frauenbild zu Grunde; gleichwohl erfolgte in diesen Regelungen ein sozialer Ausgleich für die nach wie vor faktisch bestehenden ungünstigeren Versicherungsverläufe von Frauen. Die Folge ist daher, dass Frauen aufgrund des Rentenreformgesetzes 1992 und auch in Folge der Barber-Entscheidung, nunmehr – mit Ausnahme der versicherungswirksamen Anerkennung von Kindererziehungs-zeiten[26] – gar keinen sozialen Ausgleich mehr für die dargestellten Umstände und Tätigkeiten im Zusammenhang mit Kinder und Familie erhalten.

[25] vgl. Defrenne EuGH Slg. 1971, 445; Nolte EuGH Slg. 1995, I-4625; Gómez-Limón Sánchez-Camacho EuGH Slg. 2009, I-6525.

[26] vgl. zu der sich aus Art. 3 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 GG ergebenden Verpflichtung des Gesetzgebers, Kindererziehungszeiten durch Ansprüche in der gesetzlichen Rentenversicherung auszugleichen, BVerfGE 87, 1 (41–43).

1. Primärrechtliche Kompetenznorm Art. 153 Abs. 1 u. 2 AEUV	- Verbesserung der Sicherheit der Arbeitnehmer (a) - soziale Sicherheit und sozialer Schutz der Arbeitnehmer (c) - Modernisierung der Systeme des sozialen Schutzes (k)
2. Ziel der Richtlinie (Art. 1)	**Schrittweise** Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit
3. Geltungsbereich (Art. 2)	Männliche und weibliche Erwerbsbevölkerung (Arbeitnehmer) sowie im Ruhestand befindliche oder arbeitsunfähige Arbeitnehmer und Selbständige
4. Anwendungsbereich (Art. 3)	Gesetzliche Systeme, die Schutz gegen folgende Risiken bieten: - Krankheit - Invalidität - Alter - Arbeitsunfall und Berufskrankheit - Arbeitslosigkeit - Sozialhilfe, soweit sie die vorgenannten Risiken ergänzt oder ersetzt
5. Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 4)	Fortfall jeglicher unmittelbarer oder mittelbarer Geschlechterdiskriminierung beim Zugang zu den Systemen der sozialen Sicherheit
6. Ausnahmeregelungen zu Gunsten der Mitgliedsstaaten (Art. 7)	Nachfolgend genannte Umstände können vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen werden: - Festsetzung des Rentenalters - Vergünstigungen für Kindererziehungszeiten - Gewährung abgeleiteter Ansprüche oder Zuschläge für Ehefrauen - das Recht, vor Verabschiedung der Richtlinie keine Ansprüche im System der sozialen Sicherheit erworben zu haben

Abb. 6.1 RL 79/7/EWG Richtlinie zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit

7 Sonstige Fälle von Geschlechterdiskriminierung nach Art. 10 AEUV

- Art. 10 AEUV, Art. 21 GRCh
- Richtlinie 2006/54/EG (zur Verwirklichung der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen)[1] (siehe Abb. 5.1)
- Richtlinie 92/85/EWG (Mutterschutz-Richtlinie)[2] (siehe Abb. 7.1)

Art. 157 AEUV erfasst wie ausgeführt nur Diskriminierungen im Zusammenhang mit Entgeltleistungen. Dagegen werden Diskriminierungen wegen des Geschlechts beim Zugang zu Arbeitsplätzen oder auch bei der Berücksichtigung von Beförderungspositionen nicht vom Anwendungsbereich von Art. 157 AEUV erfasst.[3]

7.1 Geschlechterdiskriminierung außerhalb des Entgeltbereichs

Außerhalb des Entgeltbereichs kommen im Falle einer Geschlechterdiskriminierung zunächst die primärrechtlichen Regelungen der Art. 10 AEUV sowie Art. 21 GRCh zur Anwendung. Nach Art. 10 AEUV zielt die Union bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen darauf ab, Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen. Sodann sind nach Art. 21 GRCh alle Diskriminierungen wegen des Geschlechts, ferner aber auch wegen der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der

[1] ABl. Nr. L 204 S. 23.

[2] ABl. Nr. L 165 S. 21.

[3] vgl. hierzu Körner NZA 2001, 1050; Thüsing NZA 2001, 1061; v. Roetteken NZA-RR 2013, 337; Grünberger in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 3 Rn. 25, 27.

P. Hantel, *Europäisches Arbeitsrecht,* Springer-Lehrbuch,
DOI 10.1007/978-3-662-46894-4_7

Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung verboten.

Der Begriff Geschlecht wird unionsrechtlich als Oberbegriff für Männer und Frauen verwendet, so dass es sich nach traditioneller Auffassung um eine biologisch vorgegebene Kategorie handelt.[4] Trotz dieser auf den ersten Blick eindeutigen Definition bleiben wie auch bei den anderen Diskriminierungsmerkmalen (vgl. Kap. 9) Abgrenzungs-fragen. Denkbar ist auch, das Geschlecht nicht als biologische Kategorie, sondern nur im Sinne von „Gender als soziales Konstrukt" zu interpretieren.[5] Diese Abgrenzungs- bzw. Definitionsfrage muss im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter vertieft werden. Gleichwohl dürfte unstreitig sein, dass auch Ungleichbehandlungen transsexueller oder intersexueller Menschen als Diskriminierung wegen des Geschlechts angesehen werden könnten. Das Verbot einer Diskriminierung wegen des Geschlechts kommt daher auch für Personen zur Anwendung, die durch eine Geschlechtsumwandlung betroffen sind.[6]

7.2 Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen in Bezug auf sonstige Arbeitsbedingungen

Ergänzend zu den primärrechtlichen Regelungen kommt die aufgrund von Art. 19 AEUV erlassene Richtlinie 2006/54/EG (Richtlinie zur Verwirklichung der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen) zur Anwendung.[7] Diese Richtlinie wurde in den Kapiteln E und F schon hinsichtlich der Entgeltgleichheit behandelt.

7.2.1 Chancengleichheit und Gleichbehandlung außerhalb des Entgeltbereiches

Nach Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 2006/54/EG soll die Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Arbeits- und Berufsleben auch außerhalb von Entgeltfragen sichergestellt werden. Zu diesem Zweck soll die Richtlinie Bestimmungen zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung enthalten, in Bezug auf

[4] vgl. Grünberger in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 3 Anm. 68, 73; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 8 Rn. 17–19.

[5] vgl. Grünberger a. a. O.

[6] vgl. Richards EuGH Slg. 2006, I-3558 (Rn. 24); Grünberger a. a. O.

[7] vgl. Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 8 Rn. 2; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 3 Rn. 1–5; ders. NZA 2001, 1061; Schütz NZA 2004, 873; Wank NZA 2004, Sonderbeilage, S. 16, 17; Grünberger a. a. O.; LAG Düsseldorf NZA-RR 2012, 128.

a. den Zugang zur Beschäftigung einschließlich des beruflichen Aufstiegs und der Berufsbildung,
b. Arbeitsbedingungen,
c. betriebliche Systeme der sozialen Sicherheit.

Zudem enthält die Richtlinie Bestimmungen, mit denen sichergestellt werden soll, dass die Verwirklichung durch die Schaffung angemessener Verfahren wirksamer gestaltet wird.

Spezielle Diskriminierungsverbote für den öffentlichen und privaten Sektor enthält Art. 14 Abs. 1 Richtlinie 2006/54/EG. Danach darf es u. a. keinerlei unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geben in Bezug auf

a. die Bedingungen einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen für den Zugang zur Beschäftigung einschließlich des beruflichen Aufstiegs,
b. den Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung, der Berufsausbildung, der beruflichen Weiterbildung und der Umschulung einschließlich der praktischen Berufserfahrung,
c. die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen sowie das Arbeitsentgelt,
d. die Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberorganisation.

In Art. 17 und 18 Richtlinie 2006/54/EG sind Vorschriften zum Rechtsschutz und zum Schadenersatz oder zur Entschädigung enthalten. Die prozessual wichtigen Beweislastfragen regelt Art. 19 der Richtlinie.

7.2.2 Positive Maßnahmen zum Ausgleich von Benachteiligungen

Von praktischer und auch aktueller rechtspolitischer Bedeutung sind die nach Art. 3 der Richtlinie 2006/54/EG vorgesehenen positiven Maßnahmen zum Ausgleich von Benachteiligungen. Danach können Mitgliedsstaaten im Hinblick auf die Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben Maßnahmen im Sinne von Art. 141 Abs. 4 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 157 Abs. 4 AEUV) beschließen. Nach der vorgenannten Vorschrift hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedsstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen.[8] Ergänzt werden diese Absicherungen schließlich durch die Richtlinie 92/85/EWG (Mutterschutz-Richtlinie), deren Ziel es ist, Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen zu schaffen.

[8] vgl. hierzu Marschall EuGH Slg. 1997, I-6363.

Schließlich ist auch an dieser Stelle eine Abgrenzung zur Gleichbehandlungs-Rahmenrichtlinie (RL 2000/78/EG) geboten. Die Richtlinie 2006/54/EG enthält spezielle Regelungen zur Verhinderung der Diskriminierung zwischen Männern und Frauen in Beschäftigung und Beruf. Die Gleichbehandlungs-Rahmenrichtlinie betrifft zwar auch die Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, enthält allerdings nicht das Diskriminierungsmerkmal Geschlecht, so dass mit dieser Richtlinie 2000/78/EG nur Ungleichbehandlungen wegen der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion, der Weltanschauung der Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, nicht aber wegen des Geschlechts verhindert werden können (vgl. Kap. 8 und 9).

7.3 Praktische Fallbeispiele

Nachfolgend werden vom EuGH entschiedene Diskriminierungssachverhalte zur Schwangerschaft[9] und der Frage einer vermeintlich schlechteren körperlichen Verfassung von Frauen[10] dargestellt. Sodann wird im Zusammenhang mit der Marschall-Entscheidung erörtert, ob Frauen bei Einstellungen oder Beförderungen im Vergleich zu Männern vorrangig berücksichtigt werden können.[11] Zu Beginn soll noch einmal das Problem der mittelbaren Diskriminierung von Frauen im Zusammenhang mit der Einschränkung von Kündigungsschutzregelungen behandelt werden.

7.3.1 Fall Kirsammer-Hack EuGH Slg. 1993, I-6185[12]

Frau K arbeitet in einem Kleinbetrieb mit weniger als 10 Arbeitnehmern. Als Kleinbetrieb findet daher das KSchG nach § 23 KSchG keine Anwendung. Als K gekündigt wird, rügt sie eine mittelbare Geschlechterdiskriminierung, da sie vor dem Arbeitsgericht sich nicht auf die Sozialwidrigkeit der Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG berufen kann. Im Zuge des Kündigungsschutzverfahrens legte das Arbeitsgericht Reutlingen dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die Befreiung der Kleinbetriebe von den Regelungen des Kündigungsschutzgesetzes (sog. Kleinbetriebsklausel) mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung von männlichen und weiblichen Arbeitnehmern vereinbar sei.

Der EuGH verneint eine Verletzung der Richtlinie 76/207/EWG (nunmehr Richtlinie 2006/54/EG), da die Herausnahme von Arbeitnehmern aus dem Kündigungsschutz aufgrund der Betriebsgröße nicht spezifisch Frauen betrifft. Eine mittelbare Diskriminierung könne nur dann angenommen werden, wenn erwiesen wäre, dass gerade in Kleinunternehmen erheblich mehr Frauen als Männer beschäftigt werden, was nicht der Fall ist.

---

[9] vgl. u. a. Dekker EuGH Slg. 1990, I-3941; Webb II EuGH Slg. 1994, I-3567; Mary Brown EuGH Slg. 1998, 4185.

[10] vgl. u. a. Johnston EuGH Slg. 1986, 1651; Kreil EuGH Slg. 2000, I-69.

[11] vgl. Marschall EuGH Slg. 1997, I-6363.

[12] siehe auch BB 1994, 145.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Eine nationale Regelung enthält dann eine mittelbare Diskriminierung weiblicher Arbeitnehmer, wenn sie zwar neutral gefasst ist, jedoch tatsächlich prozentual erheblich mehr Frauen als Männer benachteiligt, sofern diese unterschiedliche Behandlung nicht durch objektive Faktoren gerechtfertigt ist, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben. (Rn. 22)
2. Nach § 23 Abs. 1 KSchG werden Unternehmen, die eine geringere als die festgelegte Zahl von Arbeitnehmern beschäftigen, mit der Folge von der Kündigungsschutzregelung befreit, dass die bei ihnen beschäftigten Arbeitnehmer von dieser Regelung ausgeschlossen sind. (Rn. 23)
3. Diese Regelung führt somit nicht zu einer Differenzierung zwischen Teilzeitbeschäftigten einerseits und den übrigen Beschäftigten andererseits, sondern zu einer Differenzierung zwischen einerseits allen denjenigen Arbeitnehmern, die in von der Kündigungsschutzregelung befreiten Kleinbetrieben beschäftigt sind, und andererseits allen denjenigen Arbeitnehmern, die in Unternehmen beschäftigt sind, die dieser Regelung unterliegen, weil sie eine größere Zahl von Arbeitnehmern beschäftigen. (Rn. 26)
4. Die Herausnahme aus der nationalen Kündigungsschutzregelung betrifft daher nicht besonders die teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer, sondern unabhängig von ihrer Arbeitszeit, also davon, ob sie vollzeit-, halbzeit- oder teilzeitbeschäftigt sind, alle Arbeitnehmer in Unternehmen, die von der Regelung befreit sind. (Rn. 27)
5. So genießen Arbeitnehmer wie die Klägerin keinen Kündigungsschutz, obwohl sie nicht teilzeitbeschäftigt sind. Umgekehrt genießen teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer Kündigungsschutz, wenn sie in Unternehmen beschäftigt sind, die dieser Regelung unterliegen. (Rn. 28)
6. Somit lässt sich aus dem Frauenanteil unter den teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern in Deutschland nicht folgern, dass die in Rede stehende Bestimmung eine mittelbare Diskriminierung weiblicher Arbeitnehmer enthält, die gegen die die Gleichbehandlungs-Richtlinie verstößt. (Rn. 29)
7. Eine solche Diskriminierung läge nur dann vor, wenn erwiesen wäre, dass die Kleinunternehmen einen erheblich höheren Prozentsatz Frauen als Männer beschäftigten. Die dem Gerichtshof vorgelegten Angaben belegen kein derartiges Missverhältnis. (Rn. 30, 31)

7.3.2 Fall Dekker EuGH Slg. 1990, I-3941[13]

Frau D bewarb sich bei einer niederländischen Bildungsstätte als Erzieherin. Als sie die Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft wahrheitsgemäß beantwortet hat, wurde ihre Bewerbung allein deswegen zurückgewiesen. Der Arbeitgeber hat

[13] siehe auch NJW 1991, 628; NZA 1991, 171; EuZW 1991, 89.

die Weigerung, Frau Dekker einzustellen, im Wesentlichen damit begründet, dass er vom Risicofonds (der zuständigen Stelle für Sozialvorsorge) nicht die Erstattung des Krankengelds erlangen könnte, das er ihr während ihrer durch die Schwangerschaft verursachten Fehlzeiten zahlen müsste, dass er aber dennoch gezwungen wäre, einen Vertreter einzustellen. Nach der seinerzeitigen niederländischen Rechtslage konnte aufgrund des Ziekengeldreglements (Krankengeldregelung) die Leitung des Risicofonds einem Mitglied (dem Arbeitgeber) die Erstattung des Krankengeldes ganz oder teilweise verweigern, wenn ein Versicherter (Arbeitnehmer) innerhalb eines halben Jahres nach dem Zeitpunkt des Beginns der Versicherung zur Verrichtung seiner Arbeit unfähig geworden ist. Zudem sahen die nationalen Regelungen eine Gleichstellung zwischen Schwangerschaft und Krankheit vor. D verklagt die Bildungsstätte auf Schadenersatz wegen Verdienstausfall. Das Kassationsgericht beim Hoge Raad legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob eine Diskriminierung vorliegt, wenn Arbeitgeber Frauen im Rahmen des Bewerbungsgesprächs nach einer Schwangerschaft befragen und unter welchen Voraussetzungen in diesem Fall Sanktionen vorzusehen sind.

Der EuGH sieht eine unmittelbare Diskriminierung im Sinne der Richtlinie 76/207/EWG (nunmehr Richtlinie 2006/54/EG, ergänzend Richtlinie 92/85/EWG Mutterschutz-RL). Nach Auffassung des EuGH kommt die Verweigerung einer Einstellung wegen Schwangerschaft nur gegenüber Frauen in Betracht und stellt damit eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes dar. In einem solchen Fall muss jeder einzelne Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot für sich ausreichen, um eine Haftung des Arbeitgebers zu begründen. Ein Verschulden sei nicht erforderlich.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Ein Arbeitgeber verstößt unmittelbar gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz wenn er es ablehnt, mit einer von ihm für geeignet befundenen Bewerberin einen Arbeitsvertrag zu schließen, weil er wegen der Einstellung einer schwangeren Frau Nachteile zu befürchten hat, die sich aus einer staatlichen Regelung über die Arbeitsunfähigkeit ergeben, wonach eine mit Schwangerschaft und Entbindung zusammenhängende Verhinderung an der Arbeitsleistung einer Verhinderung wegen Krankheit gleichsteht. Eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung liegt auch dann vor, wenn sich kein Mann um die freie Stelle beworben hat. (Rn. 14, 18)
2. Die Richtlinie 76/207/EWG (nunmehr Richtlinie 2006/54/EG) überlässt es zwar den Mitgliedstaaten, die Sanktion für einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot unter den verschiedenen Möglichkeiten auszuwählen, die zur Verwirklichung des Ziels der Richtlinie geeignet sind. Wenn sich ein Mitgliedstaat für eine Sanktion entscheidet, die sich in den Rahmen einer zivilrechtlichen Haftungsregelung einfügt, muss jeder Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot für sich ausreichen, um die volle Haftung seines Urhebers auszulösen, ohne dass die im nationalen Recht vorgesehenen Rechtfertigungsgründe berücksichtigt werden können. (Rn. 26)

3. Wenn die Haftung eines Arbeitgebers für Verstöße gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung davon abhinge, dass ein Verschulden des Arbeitgebers nachgewiesen wird und kein durch das anwendbare nationale Recht anerkannter Rechtfertigungsgrund vorliegt, würde dies die praktische Wirksamkeit dieser Grundsätze erheblich beeinträchtigen. (Rn. 24)

7.3.3 Fall Webb II EuGH Slg. 1994, I-3567[14]

Frau W. wurde mit einem befristeten Arbeitsvertrag als Schwangerschaftsvertretung für eine Kollegin eingestellt. Als sie wenige Wochen nach Antritt ihrer Beschäftigung dem Arbeitgeber ihre eigene Schwangerschaft mitteilte – die sie im Rahmen des Bewerbungsgespräches verschwiegen hatte – kündigte sie dieser mit dem Hinweis, dass das Arbeitsverhältnis nur begründet worden sei, um eine Kollegin wirksam während deren Schwangerschaft zu vertreten. W erhob daraufhin Klage beim Industrial Tribunal. Das House of Lords legte als Rechtsmittelinstanz dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob eine Diskriminierung vorliegt, wenn eine schwangere Frau gerade zu dem Zweck eingestellt wird, eine im Mutterschutz befindliche Arbeitnehmerin zu vertreten.

Der EuGH sieht in der Kündigung und Anfechtung eine unmittelbare Diskriminierung von W wegen deren Geschlechtes und eine Verletzung der Richtlinie 92/85/EWG (Mutterschutz-RL). Der Gesichtspunkt, dass W lediglich zur Vertretung einer schwangeren Arbeitnehmerin eingestellt wurde, sei für das Vorliegen einer Diskriminierung ohne Bedeutung.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Die Entlassung einer Arbeitnehmerin wegen deren Schwangerschaft stellt eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar. (Rn. 19)
2. Unter Berücksichtigung der Gefahr, die eine mögliche Entlassung für die physische und psychische Verfassung von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen oder stillenden Arbeitnehmerinnen darstellt, einschließlich des besonders schwerwiegenden Risikos, dass eine schwangere Arbeitnehmerin zum freiwilligen Abbruch ihrer Schwangerschaft veranlasst wird, hat der Gemeinschafts-gesetzgeber einen besonderen Schutz für die Frau vorgesehen, indem er das in Art. 10 der Richtlinie 92/85/EWG enthaltene Verbot der Kündigung während der Zeit vom Beginn der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs verfügt hat. (Rn. 21)
3. Art. 10 der Richtlinie 92/85/EWG sieht keine Ausnahme vom Verbot der Kündigung einer schwangeren Frau in diesem Zeitraum vor. Davon ausgenommen sind die nicht mit dem Zustand der Betroffenen in Zusammenhang stehenden Ausnahmefälle. (Rn. 22)

[14] siehe auch NJW 1995, 123; NZA 1994, 783; EuZW 1994, 532.

4. Ferner darf die Entlassung einer schwangeren Frau, die für unbestimmte Zeit eingestellt wurde, nicht mit ihrer Unfähigkeit begründet werden, eine der wesentlichen Voraussetzungen ihres Arbeitsvertrages zu erfüllen. Die Verfügbarkeit des Arbeitnehmers ist für den Arbeitgeber zwangsläufig eine wesentliche Voraussetzung für die ordnungsgemäße Erfüllung des Arbeitsvertrages. Jedoch kann der vom Gemeinschaftsrecht gewährleistete Schutz für die Frau während der Schwangerschaft und nach der Entbindung nicht von der Frage abhängen, ob die Anwesenheit der Betroffenen in dem ihrer Mutterschaft entsprechenden Zeitraum für das ordnungsgemäße Funktionieren des Unternehmens unerlässlich ist, in dem sie beschäftigt ist. Die gegenteilige Auslegung würde den Bestimmungen der Richtlinie ihre praktische Wirksamkeit nehmen. (Rn. 26)

7.3.4 Fall Mary Brown EuGH Slg. 1998, 4185[15]

Frau B arbeitet als Auslieferungsfahrerin für die Firma Rentokil Ltd. in Manchester. Im August 1995 unterrichtete B ihre Arbeitgeber von der bestehenden Schwangerschaft. Seit diesem Zeitpunkt ergaben sich gesundheitliche Probleme, die zu einer langwierigen Arbeitsunfähigkeit führten. Nach dem Arbeitsvertrag der Firma Rentokil Ltd. endet ein Arbeitsverhältnis – entsprechend der damaligen Rechtslage im Vereinigten Königreich – automatisch, wenn der Arbeitnehmer mehr als 26 Wochen ununterbrochen krankheitsbedingt der Arbeit fern bleibt. B klagte daraufhin vor dem Industrial Tribunal. Das House of Lords legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob eine Verletzung der Gleichbehandlungs-Richtlinie von Männern und Frauen vorliege, wenn eine Arbeitnehmerin wegen Fehlzeiten aufgrund von Schwangerschaft gekündigt werde.

Der EuGH sieht in der Entlassung aufgrund der ausschließlich schwangerschaftsbedingten Fehlzeiten eine unmittelbare Diskriminierung von Frauen und damit eine Verletzung von Art. 10 der Richtlinie 92/85/EWG (Mutterschutz-RL) bzw. der Richtlinie 76/207/EWG (nunmehr Richtlinie 2006/54/EG).

Die wichtigsten Leitsätze

1. Eine Entlassung wegen Schwangerschaft oder aus einem im Wesentlichen auf der Schwangerschaft beruhenden Grund stellt eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar, weil sie nur bei weiblichen Arbeitnehmern in Betracht kommt. (Rn. 16)
2. Im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz ist es legitim, zum einen die körperliche Verfassung der Frau während und nach der Schwangerschaft und zum anderen die besondere Beziehung zwischen der Mutter und ihrem Kind während der Zeit, die an die Schwangerschaft und Entbindung anschließt, zu schützen. (Rn. 17)

[15] siehe auch NZA 1998, 871; EuZW 1998, 567.

3. Die Entlassung einer schwangeren Frau kann auch nicht damit begründet werden, dass diese wegen ihres Zustande unfähig ist, die Arbeitsleistung zu erbringen, zu der sie sich gegenüber ihrem Arbeitgeber verpflichtet hat. Andernfalls käme der der Frau während der Schwangerschaft vom Gemeinschaftsrecht gewährleistete Schutz nur denjenigen schwangeren Arbeitnehmerinnen zugute, die in der Lage sind, ihre arbeitsvertraglichen Verpflichtungen einzuhalten, so dass die Richtlinie 76/207/EWG (nunmehr Richtlinie 2006/54/EG und 92/85/EWG) ihre praktische Wirksamkeit verlieren würde. (Rn. 21)
4. Wenn nämlich der Zustand der Schwangerschaft auch keineswegs einem krankhaften Zustand gleichzustellen ist, so kann es doch während der Schwangerschaft zu Problemen und Komplikationen kommen, die die Frau zwingen, sich einer strengen ärztlichen Überwachung zu unterziehen und sich gegebenenfalls während der gesamten Schwangerschaft oder während eines Teils derselben in jeder Hinsicht zu schonen. Diese Probleme und Komplikationen, die eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge haben können, gehören zu den mit einer Schwangerschaft verbundenen Risiken und damit zu dem, was das Spezifische dieses Zustands ausmacht. (Rn. 22)
5. Wird eine Arbeitnehmerin während ihrer Schwangerschaft aufgrund von Fehlzeiten entlassen, die sich aus ihrer durch die Schwangerschaft bedingten Arbeitsunfähigkeit ergeben, so hängt diese Entlassung mit den Risiken zusammen, die mit einer Schwangerschaft verbunden sind, so dass die Schwangerschaft als der hauptsächliche Grund für die Entlassung anzusehen ist. Eine solche Entlassung kann nur Frauen treffen und ist daher als eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts anzusehen. (Rn. 24)

7.3.5 Fall Danosa EuGH Slg. 2010, I-11405[16]

Frau Danosa war Alleingeschäftsführerin einer lettischen Gesellschaft LKB und wurde während ihrer Schwangerschaft abberufen. Zugleich wurde das Dienstverhältnis als Geschäftsführerin gekündigt. Nach lettischem Gesellschaftsrecht kann ein Geschäftsführer jederzeit abberufen werden, wenn in der Satzung nichts anderes geregelt ist. Zudem genießen Geschäftsführer als Organ einer juristischen Person, anders als Arbeitnehmer, keinen Kündigungsschutz. Frau Danosa rügt die Verletzung der EU-Richtlinie 92/85/EWG (Mutterschutz-Richtlinie). Auf die Klage von D legt das lettische Berufungsgericht dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob Leitungsorgane einer Kapitalgesellschaft unter den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff, insbesondere unter Richtlinie 92/85/EWG, fallen können.

Der EuGH legt in seiner Entscheidung den Begriff der Arbeitnehmerin im Sinne von Art. 3 der Richtlinie 92/85/EWG unionsrechtlich aus. Arbeitnehmer ist danach, wer für eine andere Person nach deren Weisung Leistung gegen entsprechende Vergütung erbringt. Unbeachtlich ist, ob nach nationalem Recht ein Arbeitsvertrag geschlossen wurde oder ein anderes Rechtsverhältnis besteht. Das für die Arbeit-

[16] siehe auch NJW 2011, 2343; NZA 2011, 143; EuZW 2011, 74.

nehmereigenschaft erforderlich Unterordnungsverhältnis hat der EuGH hier bejaht. Er stellt maßgeblich darauf ab, dass Frau Danosa dem Aufsichtsrat rechenschaftspflichtig sei und von der Gesellschafterversammlung abberufen werden könne. Damit bestehe ein Organ, das von Frau Danosa nicht kontrolliert wird und damit gegen ihren Willen entscheiden kann. Mithin fallen auch Mitglieder bzw. Organe von juristischen Personen unter den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff. Der EuGH sieht insoweit eine Verletzung des Kündigungsschutzes nach Art. 10 der Richtlinie 92/85/EWG.

Gesellschaftsrechtlich von Bedeutung sind allerdings die Ausführungen des EuGH zu dem von der Kündigung zu unterscheidenden Recht auf Abberufung als Organ. Zwar führt der EuGH aus, dass eine gesellschaftsrechtliche Abberufung wegen der Schwangerschaft auch gegen Richtlinie 92/85/EWG verstoße, dagegen sei ein Abberufungsbeschluss in der Zeit der Schwangerschaft aus Gründen, die nichts mit der Schwangerschaft zu tun haben, mit der Richtlinie 92/85/EWG vereinbar. Dies aufzuklären und festzustellen, bleibt den nationalen Gerichten vorbehalten. Daher unterscheidet der EuGH in diesem Fall zwischen der in jedem Fall unwirksamen Kündigung des Anstellungsverhältnisses und dem unter bestimmten Voraussetzungen trotz Schwangerschaft möglichen Organschaftsverhältnis.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Der Begriff des Arbeitnehmers im Sinne dieser Richtlinie kann nicht je nach nationalem Recht unterschiedlich ausgelegt werden; er ist anhand objektiver Kriterien zu definieren, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der Betroffenen kennzeichnen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält. (Rn. 39)
2. Für die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Unionsrechts ist es ohne Bedeutung, dass das Beschäftigungsverhältnis nach nationalem Recht ein Rechtsverhältnis *sui generis* ist. Sofern eine Person die vorstehend angeführten Voraussetzungen erfüllt, ist die Art der Rechtsbeziehung zwischen ihr und der anderen Partei des Arbeitsverhältnisses ohne Bedeutung für die Anwendung der Richtlinie 92/85. (Rn. 40)
3. Auch die formale Einstufung als Selbständiger nach innerstaatlichem Recht schließt nicht aus, dass eine Person als Arbeitnehmer im Sinne der Richtlinie 92/85 einzustufen ist, wenn ihre Selbständigkeit nur fiktiv ist und damit ein Arbeitsverhältnis im Sinne dieser Richtlinie verschleiert. Daraus folgt, dass die nach lettischem Recht vorgenommene Einstufung des Verhältnisses, das zwischen einer Kapitalgesellschaft und den Mitgliedern ihrer Unternehmensleitung besteht, oder des Umstands, dass eine solche Gesellschaft und die Mitglieder der Unternehmensleitung keinen Arbeitsvertrag geschlossen haben, für die Einstufung dieses Verhältnisses für die Zwecke der Anwendung der Richtlinie 92/85 nicht ausschlaggebend sein kann. (Rn. 41, 42)

4. Gerade in Anbetracht der Gefahr, die eine mögliche Entlassung für die physische und psychische Verfassung von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen oder stillenden Arbeitnehmerinnen darstellt, einschließlich des besonders schwerwiegenden Risikos, dass eine schwangere Arbeitnehmerin zum freiwilligen Abbruch ihrer Schwangerschaft veranlasst wird, hat der Unionsgesetzgeber in Art. 10 der Richtlinie 92/85 einen besonderen Schutz für die Frau vorgesehen, indem er das Verbot der Kündigung während der Zeit vom Beginn der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs verfügt hat. (Rn. 60)
5. Für diesen Zeitraum sieht Art. 10 der Richtlinie 92/85 keine Ausnahme oder Abweichung vom Verbot der Kündigung gegenüber schwangeren Arbeitnehmerinnen vor, außer in nicht mit ihrem Zustand in Zusammenhang stehenden Ausnahmefällen und unter der Voraussetzung, dass der Arbeitgeber die Gründe für die Kündigung schriftlich angibt. (Rn. 61)
6. Für den Fall, dass das vorlegende Gericht erkennen sollte, dass hier Frau Danosa unter den Begriff der schwangeren Arbeitnehmerin im Sinne der Richtlinie 92/85 fällt und dass der streitige Abberufungsbeschluss aus Gründen erging, die wesentlich mit ihrer Schwangerschaft zusammenhängen, ist darauf hinzuweisen, dass ein solcher Beschluss, auch wenn er gemäß den nationalen Rechtsvorschriften, die die Abberufung eines Mitglieds der Unternehmensleitung ohne Einschränkung zulassen, getroffen wurde, mit dem Kündigungsverbot nach Art. 10 dieser Richtlinie unvereinbar wäre. (Rn. 62)
7. Dagegen verstieße ein Abberufungsbeschluss in der Zeit vom Beginn der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs aus Gründen, die nichts mit der Schwangerschaft der Klägerin des Ausgangsverfahrens zu tun haben, nicht gegen Art. 10 der Richtlinie 92/85, vorausgesetzt allerdings, der Arbeitgeber führt schriftlich berechtigte Kündigungsgründe an und die Kündigung der Betroffenen ist nach den betreffenden einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten zulässig, wie es in Art. 10 Nrn. 1 u. 2 dieser Richtlinie geregelt ist. (Rn. 63)

7.3.6 Fall Johnston EuGH Slg. 1986, 1651

Frau J. trat im März 1974 als teilzeitbeschäftigte Hilfspolizistin in die RUC (Royal Ulster Constabulary) ein. Im November 1974 wurde sie mit einem Dreijahresvertrag in die RUC-full-time-Reserve eingestellt, nach dessen Ablauf ein zweiter Dreijahresvertrag abgeschlossen wurde, der im November 1980 auslief. Bis zum November 1980 tat die Klägerin in einer RUC-Station in Nordirland Dienst. Sie versah die allgemeinen dienstlichen Aufgaben der uniformierten Polizei, wie den Wachdienst in der Polizeistation, die Teilnahme am Streifendienst, die Führung des Streifenfahrzeugs und die Teilnahme an der Durchsuchung von Personen in der Polizeistation. Bei der Wahrnehmung dieser Aufgaben war sie unbewaffnet, wurde aber während des Dienstes außerhalb des Stationsgebäudes in der Regel von einem bewaffneten männlichen Angehörigen der RUC-full-time-Reserve begleitet.

Im November 1980 lehnte es der Beklagte ab, der Klägerin einen weiteren Vollzeitvertrag anzubieten. Sie war danach als Teilzeitbeschäftigte in der RUCR (Reservepolizei) tätig, wo sie gegenwärtig als Telefonistin Dienst tut. Als solche bezieht sie ein geringeres Gehalt als während ihrer Beschäftigung in der RUC-full-time-Reserve. Die Polizisten in England und Wales sind im Allgemeinen abgesehen von Sondereinsätzen nicht bewaffnet. Polizistinnen sind nicht allgemein von der Ausbildung in der Handhabung und im Gebrauch von Schusswaffen oder von dienstlichen Aufgaben, die das Tragen von Waffen erfordern, ausgeschlossen. In Nordirland verfolgt jedoch das Vereinigte Königreich wegen des dort seit vielen Jahren herrschenden Terrorismus eine andere Linie. Die zahlreichen Anschläge auf Polizisten in Nordirland lassen es nicht zu, dass die Polizeikräfte ihre Aufgaben wie im übrigen Vereinigten Königreich unbewaffnet wahrnehmen.

Männliche Polizisten sind während des allgemeinen Dienstes bewaffnet. Dagegen sind weibliche Polizisten, darunter auch die in der RUCR diensttuenden Frauen, nicht mit Schusswaffen ausgerüstet und erhalten auch keine Ausbildung in der Handhabung und im Gebrauch von Schusswaffen. Der Beklagte begründet seine Haltung, aufgrund deren Polizistinnen vom Tragen von Schusswaffen ausgeschlossen sind, damit, dass sich die Gefahr von Anschlägen auf Polizistinnen mit ihrer Bewaffnung erhöhen würde. Außerdem könnten bewaffnete Polizistinnen nur weniger wirksam für bestimmte Aufgaben eingesetzt werden, für die Frauen besonders geeignet seien, und zwar namentlich für Aufgaben im sozialen Bereich und im Kontakt mit Familien und Kindern. Schließlich bestehe die Gefahr, dass die Bewaffnung von Polizistinnen für den allgemeinen Dienst von der Öffentlichkeit in noch stärkerem Maße als die Bewaffnung von Männern als Abkehr vom Ideal einer unbewaffneten Polizei angesehen werde.

Frau J rügt neben der in Nordirland geltenden Sex Discrimination Order eine Verletzung der Richtlinie 76/207/EWG (nunmehr Richtlinie 2006/54/EG). Sie klagt vor dem Industrial Tribunal, das dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorlegt, ob ein Mitgliedsstaat unter dem Aspekt der öffentlichen Sicherheit und Ordnung Frauen von bestimmten Tätigkeiten ausschließen darf.

Der EuGH sieht in einer solchen Ausgrenzung von Frauen eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach der Richtlinie 76/207/EWG (nunmehr Richtlinie 2006/54/EG). Im Fall Sirdar[17] hat der EuGH aber eine Einschränkung unter dem Aspekt der öffentlichen Sicherheit angenommen.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, die aus Gründen des Schutzes der öffentlichen Sicherheit vorgenommen werden, sind im Lichte der in der Richtlinie 76/207/EWG (nunmehr Art. 14 Abs. 2 Richtlinie 2006/54/EG) vorgesehenen Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen zu prüfen. (Rn. 28)

[17] vgl. Sirdar EuGH Slg. 1999, I-7403– Royal Marines.

2. Es gibt keinen allgemeinen Vorbehalt zugunsten von Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Sicherheit gegenüber der Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, der es den Mitgliedsstaaten erlaubt, im Falle einer schwerwiegenden Störung der innerstaatlichen öffentlichen Ordnung von Verpflichtungen des Vertrages abzuweichen. (Rn. 27)
3. Die vom Vereinigten Königreich gegenüber Frauen in der RUC-full-time-Reserve verfolgte Linie beruht auf der Erwägung, dass Frauen im Fall ihrer Ausrüstung mit Schusswaffen in höherem Maße der Gefahr von Anschlägen ausgesetzt seien und ihre Waffen den Angreifern in die Hände fallen könnten, dass in der Öffentlichkeit die Bewaffnung von Frauen schlecht aufgenommen würde, weil sie zu sehr im Widerspruch zum Ideal einer unbewaffneten Polizei stünde, und dass bewaffnete Frauen für polizeiliche Aufgaben im sozialen Bereich im Kontakt mit Familien und Kindern, wo ihre Tätigkeit besonders wertvoll sei, weniger wirksam eingesetzt werden könnten. Auf diese Weise hat der Beklagte die von ihm verfolgte Linie mit den besonderen Bedingungen begründet, unter denen die Tätigkeit der Polizei aufgrund der in Nordirland bestehenden Lage unter Berücksichtigung der Erfordernisse des Schutzes der öffentlichen Sicherheit in einer Situation schwerer innerer Unruhen ausgeübt werden muss. (Rn. 35)
4. Bei schweren inneren Unruhen können die Bedingungen der Ausübung bestimmter polizeilicher Tätigkeiten so beschaffen sein, dass das Geschlecht eine unabdingbare Voraussetzung für ihre Ausübung darstellt. In solchen Fällen kann ein Mitgliedstaat diese Aufgaben und die auf sie vorbereitende berufliche Ausbildung Männern vorbehalten. (Rn. 37)
5. Bei der Bestimmung des Geltungsbereichs von Ausnahmen von einem Individualrecht, wie dem in der Richtlinie verankerten Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, ist ferner der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten, der zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehört, auf denen die Rechtsordnung der Gemeinschaft beruht. Nach diesem Grundsatz dürfen Ausnahmen nicht über das zur Erreichung des verfolgten Ziels angemessene und erforderliche Maß hinausgehen. Der Grundsatz der Gleichbehandlung muss soweit wie möglich mit den Erfordernissen der öffentlichen Sicherheit in Einklang gebracht werden, die für die Bedingungen der Ausübung der in Rede stehenden Tätigkeit bestimmend sind. (Rn. 38)
6. Es ist nicht ersichtlich, dass Frauen bei der Ausübung ihres Dienstes bei der Polizei in einer Lage wie der in Nordirland herrschenden anderen Risiken und Gefahren ausgesetzt sind als Männer bei der Ausübung desselben Dienstes. Frauen wegen eines allgemeinen, nicht frauenspezifischen Risikos aus Gründen des Schutzes der öffentlichen Sicherheit von einer solchen beruflichen Tätigkeit völlig auszuschließen, geht über das zum Schutz erforderliche Maß hinaus. (Rn. 45)

7.3.7 Fall Kreil EuGH Slg. 2000, I-69[18]

Frau K, die als Elektronikerin ausgebildet ist, bewarb sich 1996 für den freiwilligen Dienst in der Bundeswehr mit dem Verwendungswunsch Instandsetzung (Elektronik). Ihr Antrag wurde vom Zentrum für Nachwuchsgewinnung und danach vom Personalstammamt der Bundeswehr mit der Begründung abgelehnt, es sei gesetzlich ausgeschlossen, dass Frauen Dienst mit der Waffe leisteten. Nach dem früheren deutschen Recht – insbesondere Art. 12 a GG – waren Frauen generell vom Dienst mit der Waffe ausgeschlossen; ihnen standen nur die Laufbahnen des Sanitätsdienstes und Militärmusikdienstes offen. Nachdem K Klage erhoben hat, legte das Verwaltungsgericht Hannover dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob es mit der Gleichbehandlungs-Richtlinie vereinbar sei, wenn Frauen vom Dienst mit der Waffe bei der Bundeswehr ausgeschlossen werden und ihre Tätigkeit auf den Sanitäts- und Militärmusikdienst beschränkt wird.

Der EuGH sieht in dem Ausschluss jeder Tätigkeit mit der Waffe eine Verletzung der Richtlinie 76/207/EWG (nunmehr Richtlinie 2006/54/EG). Insbesondere ein so weitreichender Ausschluss von Frauen sei nicht verhältnismäßig, um das mit ihm verfolgte Ziel der öffentlichen Sicherheit zu gewährleisten. Nach Auffassung des EuGH ist die Frage der Verteidigung Sache der Mitgliedsstaaten, worauf sich auch die Bundeswehr berufen hat. Allein die Mitgliedsstaaten haben das Recht, geeignete Maßnahmen zur Gewährleistung der inneren und äußeren Sicherheit zu ergreifen und Entscheidungen über die Organisation ihrer Streitkräfte zu treffen. Daraus ergibt sich aber nicht, dass derartige Entscheidungen vollständig der Anwendung des Gemeinschaftsrechts entzogen werden.

Nur in Ausnahmefällen könne das Geschlecht unabdingbare Voraussetzung für bestimmte Beschäftigungsverhältnisse angesehen werden, so Aufseher und Chefaufseher in Haftanstalten, Dienst in speziellen Kampfeinheiten (Royal Marines) oder für bestimmte Polizeieinheiten bei schweren inneren Unruhen. Der vollständige Ausschluss von Frauen vom Dienst an der Waffe stellt dagegen nach dem EuGH eine Verletzung der oben genannten Richtlinie dar.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Es ist Sache der Mitgliedstaaten, die die geeigneten Maßnahmen zur Gewährleistung ihrer inneren und äußeren Sicherheit zu ergreifen haben, die Entscheidungen über die Organisation ihrer Streitkräfte zu treffen. Daraus ergibt sich jedoch nicht, dass derartige Entscheidungen vollständig der Anwendung des Gemeinschaftsrechts entzogen wären. (Rn. 15)
2. Der EU-Vertrag sieht nämlich Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgrundsatz aus Gründen der öffentlichen Sicherheit nur in den Art. 30 EG, 39 EG, 46 EG und 296 EG und Art. 297 EG (nunmehr u. a. Art. 45 Abs. 3, 52, 65 Abs. 1 b AEUV) vor; diese betreffen ganz bestimmte außergewöhnliche Fälle. Aus ihnen lässt sich kein allgemeiner, dem Vertrag immanenter Vorbehalt ableiten,

[18] siehe auch NJW 2000, 497; NZA 2000, 137; DB 2000, 279.

der jede Maßnahme, die im Interesse der öffentlichen Sicherheit getroffen wird, vom Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ausnimmt. Würde ein solcher Vorbehalt unabhängig von den besonderen Tatbestandsmerkmalen der Bestimmungen des Vertrages anerkannt, so könnte das die Verbindlichkeit und die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigen. (Rn. 16)

3. Außerdem betreffen einige der im Vertrag vorgesehenen Ausnahmen wegen der öffentlichen Sicherheit nur die Bestimmungen über den freien Waren-, Personen- und Dienstleistungsverkehr und nicht die Sozialvorschriften des Vertrages, zu denen der von Frau Kreil geltend gemachte Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen gehört. Dieser Grundsatz hat allgemeine Geltung und ist einschließlich der Gleichbehandlungs-Richtlinie auch auf öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse anwendbar. (Rn. 18)
4. Die nationalen Stellen verfügen jedoch je nach den Umständen über einen bestimmten Ermessensspielraum, wenn sie die für die öffentliche Sicherheit eines Mitgliedstaats erforderlichen Maßnahmen treffen. Daher ist zu prüfen, ob unter den Umständen des konkreten Falles die Maßnahmen, die die nationalen Stellen in Ausübung des ihnen zuerkannten Ermessens getroffen haben, tatsächlich das Ziel verfolgen, die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten, und ob sie angemessen und erforderlich sind, um dieses Ziel zu erreichen. (Rn. 24, 25)
5. Die Weigerung, die Klägerin in den Dienst der Bundeswehr einzustellen, in dem sie beschäftigt werden wollte, stützt sich auf die Bestimmungen des deutschen Rechts, wonach Frauen vollständig vom Dienst mit der Waffe ausgeschlossen sind und ihnen nur der Zugang zum Sanitäts- und Militärmusikdienst erlaubt ist. (Rn. 26)
6. In Anbetracht seiner Reichweite kann ein solcher Ausschluss, der für nahezu alle militärischen Verwendungen in der Bundeswehr gilt, nicht als eine Ausnahmemaßnahme angesehen werden, die durch die spezifische Art der betreffenden Beschäftigungen oder die besonderen Bedingungen ihrer Ausübung gerechtfertigt wäre. Die Ausnahmen nach Art. 14 Abs. 2 RL 2006/54/EG können nur spezifische Tätigkeiten betreffen. (Rn. 27)
7. Im Übrigen kann schon im Hinblick auf das Wesen der Streitkräfte die Tatsache, dass deren Angehörige zum Einsatz von Waffen verpflichtet sein können, für sich allein nicht den Ausschluss von Frauen vom Zugang zu militärischen Verwendungen rechtfertigen. Wie die deutsche Regierung erklärt hat, gibt es auch in den Diensten der Bundeswehr, zu denen Frauen Zugang haben, eine Ausbildung an der Waffe, die dem Personal dieser Dienste die Selbstverteidigung und Nothilfe ermöglichen soll. (Rn. 28)
8. Somit konnten die nationalen Stellen auch bei Berücksichtigung des ihnen zustehenden Ermessens nicht ohne Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit davon ausgehen, dass sämtliche bewaffneten Einheiten der Bundeswehr weiterhin ausschließlich aus Männern bestehen müssen. (Rn. 29)

7.3.8 Fall Marschall EuGH Slg. 1997, I-6363[19]

In einem Rechtsstreit zwischen dem Kläger Marschall und dem beklagten Land Nordrhein-Westfalen wegen der Bewerbung des Klägers um eine Beförderungsstelle an der Gesamtschule Schwerte ging es um die Vereinbarkeit von § 25 Abs. 5 Satz 2 Beamtengesetz NRW mit dem EU-Antidiskriminierungsrecht. Die Regelung sieht vor, dass „Soweit im Bereich der für die Beförderung zuständigen Behörde im jeweiligen Beförderungsamt der Laufbahn weniger Frauen als Männer sind, Frauen bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt zu befördern sind, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen…“. Nach der Gesetzesbegründung soll durch die in dieser Bestimmung vorgesehene Vorrangklausel ein zusätzliches Beförderungskriterium – die Eigenschaft als Frau – eingeführt werden, das die Situation der Ungleichheit neutralisieren soll, in der sich die weiblichen Bewerber gegenüber ihren männlichen Konkurrenten befinden. Bei gleicher Qualifikation neige der Arbeitgeber nämlich dazu, in Anwendung bestimmter traditioneller, die Frauen faktisch benachteiligender Beförderungskriterien wie des Lebensalters, des Dienstalters und der Erwägung, dass der Bewerber alleinverdienender Familienvater sei, einen Mann vorrangig vor einer Frau zu befördern. Mit der Formulierung „sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen“, wurde bewusst ein unbestimmter Rechtsbegriff gewählt, um eine hinreichende Flexibilität zu gewährleisten und der Verwaltung insbesondere Spielraum für die Berücksichtigung von allen in der Person eines Bewerbers liegenden Gründen zu geben. Folglich könne die Verwaltung trotz der Vorrangklausel immer noch dem männlichen Bewerber auf der Grundlage traditioneller oder anderer Beförderungskriterien den Vorzug geben.

Der Kläger war als verbeamteter Lehrer im Eingangsamt der Besoldungsgruppe A 12 beschäftigt. Er bewarb sich um eine der Besoldungsgruppe A 13 zugeordnete Beförderungsstelle an der Gesamtschule Schwerte. Die Bezirksregierung Arnsberg teilte ihm mit, dass beabsichtigt sei, die Stelle mit einer Konkurrentin zu besetzen. Der Kläger erhob nach Widerspruch Konkurrentenklage vor dem Verwaltungsgericht Gelsenkirchen. Dieses stellte fest, dass der Kläger und die ausgewählte Konkurrentin für die zu besetzende Stelle gleich qualifiziert seien. Es legte dem EuGH die Frage vor, ob die in der streitigen Bestimmung grundsätzlich vorgeschriebene Bevorzugung von Frauen eine Diskriminierung im Sinne der Richtlinie 76/207/EWG (nunmehr Richtlinie 2006/54/EG) darstelle. Diese Diskriminierung werde durch die Möglichkeit, dem männlichen Bewerber ausnahmsweise den Vorzug zu geben, nicht beseitigt.

Nach Auffassung des EuGH hindert der Gleichbehandlungsgrundsatz die Mitgliedsstaaten nicht, zur Gewährleistung der völligen Gleichstellung im Berufsleben spezifische Maßnahmen beizubehalten oder einzuführen, mit denen die Benachteiligungen ausgeglichen werden sollen. Entsprechende Regelungen können vorsehen, dass Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Qualifikation bevorzugt einzustellen oder zu befördern sind. Voraussetzung ist, dass in diesem Bereich Frauen unterre-

[19] siehe auch NJW 1997, 3429; NZA 1997, 1337; EuZW 1997, 756.

präsentiert sind.[20] Anders als in der Entscheidung Kalanke[21] ergab sich nach Auffassung des EuGH aus den nordrhein-westfälischen Regelungen keine Verpflichtung, Frauen bei der Beförderung automatisch den Vorrang einzuräumen, sondern nur bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Nach Art. 2 Abs. 4 steht die Richtlinie 76/207/EWG (nunmehr Art. 157 Abs. 4 AEUV, Art. 23 Satz 2 GRCh sowie Art. 3 RL 2006/54/EG) nicht den Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen in den in Art. 1 Abs. 1 genannten Bereichen beeinträchtigen, entgegen. (Rn. 22)
2. Eine nationale Regelung, nach der weiblichen Bewerbern, die die gleiche Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber besitzen, in Tätigkeitsbereichen, in denen im jeweiligen Beförderungsamt weniger Frauen als Männer beschäftigt sind, bei einer Beförderung automatisch der Vorrang eingeräumt wird, bewirkt eine Diskriminierung der Männer aufgrund des Geschlechts. (Rn. 23)
3. Im Unterschied zu anderen Regelungen enthält die hier streitige Bestimmung des BG NRW jedoch eine Klausel, nach der Frauen nicht vorrangig befördert werden müssen, sofern in der Person eines männlichen Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen („Öffnungsklausel"). (Rn. 24)
4. Die Vorschrift hat den bestimmten und begrenzten Zweck, Maßnahmen zuzulassen, die zwar dem Anschein nach diskriminierend sind, tatsächlich aber in der sozialen Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten beseitigen oder verringern sollen. (Rn. 26)
5. So sind danach nationale Maßnahmen im Bereich des Zugangs zur Beschäftigung einschließlich des Aufstiegs zulässig, die Frauen spezifisch begünstigen und ihre Fähigkeit verbessern sollen, auf dem Arbeitsmarkt mit anderen zu konkurrieren und unter den gleichen Bedingungen wie Männer eine berufliche Laufbahn zu verwirklichen. (Rn. 27)
6. Zur Förderung positiver Maßnahmen für Frauen reichen die geltenden Rechtsvorschriften über die Gleichbehandlung, die zur Stärkung der Rechte des einzelnen erlassen wurden, nicht aus, um alle faktischen Ungleichheiten zu beseitigen, wenn nicht die Regierungen, die Sozialpartner und sonstige beteiligte Stellen gleichzeitig tätig werden, um gegen die Benachteiligung der Frauen in der Arbeitswelt vorzugehen, die durch Einstellungen, Verhaltensmuster und Strukturen in der Gesellschaft verursacht wird. (Rn. 28)
7. Es zeigt sich jedoch, wie der Beklagte und mehrere beteiligte Regierungen betont haben, dass selbst bei gleicher Qualifikation die Tendenz besteht, männliche Bewerber vorrangig vor weiblichen Bewerbern zu befördern; dies

[20] vgl. Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, S. 259.
[21] vgl. Kalanke EuGH Slg. 1995, I-3051.

hängt vor allem mit einer Reihe von Vorurteilen und stereotypen Vorstellungen über die Rolle und die Fähigkeiten der Frau im Erwerbsleben und z. B. mit der Befürchtung zusammen, dass Frauen ihre Laufbahn häufiger unterbrechen, dass sie ihre Arbeitszeit aufgrund häuslicher und familiärer Aufgaben weniger flexibel gestalten oder dass sie durch Schwangerschaften, Geburten und Stillzeiten häufiger ausfallen. (Rn. 29)

8. Aus diesen Gründen bedeutet allein die Tatsache, dass zwei Bewerber unterschiedlichen Geschlechts gleich qualifiziert sind, nicht, dass sie gleiche Chancen haben. Folglich können Frauen mit gleicher Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber bei einer Beförderung in Bereichen, in denen sie unterrepräsentiert sind, vorbehaltlich der Öffnungsklausel bevorzugt behandelt werden, denn eine solche Regelung kann dazu beitragen, ein Gegengewicht zu den nachteiligen Auswirkungen zu schaffen, die sich für die weiblichen Bewerber aus den oben beschriebenen Einstellungen und Verhaltensmustern ergeben, und damit in der sozialen Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten zu verringern. (Rn. 30, 31)

7.4 Auswirkung auf die deutsche Rechtsordnung und die arbeitsrechtliche Praxis

Die EuGH-Entscheidung Kreil[22] ist bis heute der einzige Fall, in dem eine Regelung des Grundgesetzes mit dem Unionsrecht als nicht vereinbar angesehen und eine Verfassungsänderung erforderlich wurde.

7.4.1 Verfassungsänderung von Art. 12 a Abs. 4 Satz 2 GG und Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG

Zwischenzeitlich hat der Verfassungsgeber Art. 12 a Abs. 4 Satz 2 GG durch verfassungsänderndes Gesetz vom 19. Dezember 2000 geändert. Das bis zum vorgenannten Datum bestehende Verbot für Frauen, Dienst mit der Waffe zu leisten, wurde dahingehend geändert, dass Frauen auf keinen Fall zum Dienst mit der Waffe verpflichtet werden dürfen. Ein freiwilliger Dienst an der Waffe ist für Frauen dagegen möglich. Auch im Soldatengesetz wurden die Beschränkungen auf Verwendung von Frauen im Sanitäts- und Militärmusikdienst aufgehoben. Nach § 1 Abs. 2 SoldatenG kann in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten berufen werden, wer sich freiwillig verpflichtet, für eine begrenzte Zeit oder auf Lebenszeit Wehrdienst zu leisten. Die Beschränkung auf Männer ist somit entfallen.

Damit haben die Antidiskriminierungs-Richtlinien den deutschen Verfassungsgeber veranlasst, das Grundgesetz hinsichtlich der Wehrverfassung zu ändern. Frau Kreil selbst ist aber nicht mehr in den Genuss ihrer Entscheidung gekommen, da sie

[22] vgl. hierzu Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, S. 256, 257; Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, S. 211, 212; Körner NZA 2001, 1050.

nach Abschluss des Verfahrens auf eine Tätigkeit in der Bundeswehr verzichtete. Sie hat sich aber um die Weiterentwicklung des europäischen und deutschen Rechts verdient gemacht. Aus der Entscheidung wird auch deutlich, dass nur in Ausnahmefällen das Geschlecht für Beschäftigungsverhältnisse eine unabdingbare Voraussetzung darstellen kann, so wie bei der Position eines Aufsehers und Chefaufsehers in Haftanstalten[23] sowie für bestimmte Polizei-Tätigkeiten bei schweren inneren Unruhen[24] oder auch für den Dienst in speziellen Kampfeinheiten.[25]

Im Übrigen ist der Vorbehalt der öffentliche Sicherheit und Ordnung, der eine Ungleichbehandlung zwischen Männern und Frauen rechtfertigen soll, in Richtlinie 2006/54/EG ohnehin nicht mehr enthalten. Lediglich nach Art. 14 Abs. 3 der Richtlinie ist eine Ungleichbehandlung möglich, wenn die Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder deren Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Berufliche Anforderungen allein sind für eine Ungleichbehandlung nicht mehr ausreichend. Sie müssen vielmehr wesentlich und entscheidend sein. Entsprechend gesteigerte Anforderungen sind in Art. 8 Abs. 1 AGG für eine unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen enthalten.

Dagegen sind positive Regelungen – wie im Fall Marschall –[26] zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zum Ausgleich von Beteiligungen nicht nur im EU-Primärrecht in Art. 157 Abs. 4 AEUV und Art. 23 Satz 2 GRCh enthalten. Auch das deutsche Verfassungsrecht sieht seit Mitte der 90er Jahre in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG vor, dass der Staat die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Männern und Frauen fördert und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinwirkt.[27] Der EuGH-Rechtsprechung folgend hat auch das BAG mittlerweile Frauenquoten bei der Einstellung für zulässig erachtet, sofern eine gesetzliche Öffnungsklausel dies vorsehen.[28]

Allerdings besteht zum einen für Frauenquoten ein Gesetzesvorbehalt. Dies bedeutet, dass sich aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG keine verfassungsunmittelbare Ermächtigung für Frauenquoten herleiten lässt. Vielmehr ist die Zwischenschaltung eines Bundes- bzw. Landesgesetzes erforderlich, das eine entsprechende Förderung von Frauen vorsieht. Zum anderen dürfen Frauen nicht in jedem Fall bei gleicher Eignung vorrangig befördert oder eingestellt werden, sofern in der Person eines männlichen Bewerbers liegende Gründe überwiegen (Öffnungsklausel).

---

[23] vgl. Urteil v. 30. Juni 1988 in der Rechtssache 318/86, Kommission/Frankreich, Slg. 1988, 3559, Rn. 11–18).

[24] vgl. Johnston EuGH Slg. 1986, 1651, Rn. 36 und 37.

[25] vgl. Sirdar EuGH Slg. 1999, I-7403, Rn. 29 bis 31).

[26] vgl. hierzu Körner NZA 2001, 1051, 1052; ferner Sporer RdA 1995, 442; Colneric BB 1996, 265.

[27] vgl. BT-Drs. 12/6000, 50; ferner BVerfGE 85, 191, 207; 74, 163, 180.

[28] vgl. BAG AuR 2003, 318; ferner Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, S. 237 ff; Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, S. 258, 259; ferner Körner a. a. O.

7.4.2 Diskriminierungsschutz nach dem AGG und dem MuSchG

Die Antidiskriminierungs-Richtlinien[29] hat der deutsche Gesetzgeber sodann durch die Verabschiedung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) umgesetzt.[30] In § 1 AGG sind die in der EU-Richtlinie 2000/78/EG (vgl. Kapitel H u. I) sowie in Richtlinie 2006/54/EG genannten Diskriminierungs-merkmale übernommen worden. Den Anwendungsbereich und die entsprechenden Begriffsbestimmungen regeln die §§ 2, 3 AGG.[31] Anders als in der Gleichbehandlungs-Rahmenrichtlinie RL 2000/78/EG ist in § 1 AGG das Diskriminierungsmerkmal Geschlecht mit enthalten. Es gibt daher im deutschen Recht keine Spezialregelung für das Verbot einer Geschlechterdiskriminierung in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, wie in der EU-Richtlinie 2006/54/EG.

Die Zulässigkeit unterschiedlicher Behandlungen ist in den §§ 8 10 AGG geregelt. Fragen der Entschädigung und des Schadensersatzes enthält § 15 AGG, wobei dabei zwischen einem Schadensersatzanspruch nach Abs. 1, der ein Verschulden voraussetzt, und einem Entschädigungsanspruch nach Abs. 2, der kein Verschulden voraussetzt, unterschieden wird. Rechtsschutz und Beweislastfragen regeln die §§ 22 ff AGG.

Umstritten ist bei der Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG in das AGG insbesondere die Herausnahme der betrieblichen Altersversorgung nach § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG sowie von Kündigungssachverhalten nach § 4 Abs. 2 AGG.[32] Strittig ist auch, ob das Erfordernis eines Verschuldens für einen Schadenersatzanspruch bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nach § 15 Abs. 1 AGG und die Gestaltung der Beweislast nach § 22 AGG mit der Diskriminierungs-Richtlinie vereinbar ist.[33] Gerichte für Arbeitssachen sind gut beraten, die einzelnen Vorschriften des AGG europarechtskonform unter Berücksichtigung der einschlägigen EU-Diskriminierungs-Richtlinie auszulegen.

Schließlich sind Spezialregelungen im Zusammenhang mit der Mutterschutz-Richtlinie 92/85/EWG im Mutterschutzgesetz (MuSchG) enthalten. Das Kündigungsverbot ist in § 9 MuSchG verankert. Zudem führte die Dekker-Entscheidung zu einer Änderung der BAG-Rechtsprechung zum Fragerecht des Arbeitgebers nach der Schwangerschaft einer Bewerberin.[34] Seit 1992 entscheidet das BAG, dass eine solche Frage grundsätzlich unzulässig sei. Konsequenterweise berechtigt daher die Täuschung bzw. Lüge über eine Schwangerschaft im Rahmen eines Bewerbungsgespräches nicht zur Anfechtung des Arbeitsverhältnisses durch den

---

[29] vgl. RL 2006/54/EG; RL 2000/78/EG; RL 2000/43/EG.

[30] vgl. Riccardi NZA 2006, 881; Diller, Krieger, Arnold NZA 2006, 887; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, S. 232 ff; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 3 Rn. 127.

[31] vgl. zur parallelen Entwicklung des US-amerikanischen Antidiskriminierungsrechts: Thüsing a. a. O., § 3 Rn. 128.

[32] vgl. hierzu Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage § 3 Rn. 102; ders. NZA 2001, 1061.

[33] vgl. Thüsing a. a. O.

[34] vgl. Körner NZA 2001, 1053; Schulte/Westenberg NJW 1994, 1573.

Arbeitgeber.[35] Rechtsdogmatisch wird dies damit begründet, dass die Frage nach einer Schwangerschaft bereits unzulässig sei und die Bewerberin daher entsprechend wahrheitswidrig antworten darf.[36]

Ergänzend ist in diesem Zusammenhang auf die EU-Elternurlaubs-Richtlinie 2010/18/EU zu verweisen, die Eltern zum Zweck der Betreuung von Kindern bis zum 8. Lebensjahr ein Recht auf Elternzeit einräumt, Art. 2 RL 2010/18/EU. Wegen der Inanspruchnahme von Elternurlaub dürfen Arbeitnehmer dann nach Art. 5 Abs. 1 RL 2010/18/EU nicht benachteiligt werden, was allerdings den Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung, die nicht im Zusammenhang mit dem Elternurlaub steht, nicht ausschließt.[37] Entsprechende Regelungen sind in Deutschland im Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) enthalten.

1. Primärrechtliche Kompetenznorm Art. 153 Abs. 1 u. 2 AEUV	- Schutz der Gesundheit (a) - soziale Sicherheit der Arbeitnehmer (c) - sozialer Schutz der Arbeitnehmer (c) - Chancengleichheit von Männern und Frauen auf dem Arbeitsplatz (i)
2. Ziel (Art. 1)	- Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, - Mutterschutz darf Frauen auf dem Arbeitsmarkt nicht benachteiligen
3. Anwendungsbereich/Definitionen (Art. 1, 2)	- schwangere Arbeitnehmerinnen - Wöchnerinnen, - stillende Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz
4. Beschäftigungsverbote (Art. 6, 7)	- bei Gesundheitsgefahr, - Verbot der Exposition, - Verbot der Nachtarbeit
5. Mutterschaftsurlaub (Art. 8)	Mitgliedsstaaten haben sicherzustellen, dass Arbeitnehmerinnen mindestens ein Mutterschaftsurlaub von 14 Wochen ohne Unterbrechung gewährt wird.
6. Verbot der Kündigung (Art. 10)	- Mitgliedsstaaten haben erforderliche Maßnahmen zu treffen, dass die Kündigung während der Zeit vom Beginn der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs verboten ist. - Ausnahmen sind nur mit Zustimmung der zuständigen Behörden möglich.

Abb. 7.1 RL 92/85/EWG über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen (Mutterschutz-Richtlinie)

[35] vgl. BAG NZA 2003, 848; Schulte/Westenberg NJW 1994, 1573; Körner NZA 2001, 1053.

[36] vgl. BAG a. a. O.

[37] vgl. Riezniece EuGH vom 20. Juni 2013, C-7/12.

8 Verbot der Diskriminierung wegen Alters nach Art. 10 AEUV, Art. 21 GRCh

► • Art. 10 AEUV, Art. 21 GRCh
• Richtlinie 2000/78/EG (Gleichbehandlungs-Rahmen-RL)[1] (siehe Abb. 8.1)

Die bereits behandelten primärrechtlichen Diskriminierungsverbote nach Art. 10 AEUV, Art. 21 GRCh werden durch die Richtlinie 2000/78/EG ergänzt. Die aufgrund von Art. 19 AEUV erlassene Gleichbehandlungs-Rahmenrichtlinie soll einen allgemeinen Rahmen für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf festlegen. Aus diesem Grund soll eine Benachteiligung von Arbeitnehmern durch Arbeitgeber wegen der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, der Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung verhindert werden. Entsprechend Art. 1 zielt die Richtlinie allein auf eine Benachteiligung in Beschäftigung und Beruf und betrifft daher ausschließlich Arbeitsverhältnisse.

8.1 Schutz vor Diskriminierungen wegen des Lebensalters

Insbesondere das Verbot der Ungleichbehandlung wegen Alters hat erhebliche Auswirkungen auf die betriebliche Praxis, da eine Vielzahl von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, wie Urlaubsdauer, Gehaltshöhe, Kündigungsfrist usw. an das Lebensalter von Beschäftigten anknüpfen.[2] Je höher das Lebensalter, umso größer sind die arbeitsrechtlichen Ansprüche bzw. Absicherungen.

[1] ABl. Nr. L 303 S. 16.

[2] vgl. Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 3 Rn. 88; Bayreuther NJW 2012, 2758; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 11 Rn. 29–32; Franzen EuZA 2010, 311; Hanau NZA 2010, 1, 2.

P. Hantel, *Europäisches Arbeitsrecht,* Springer-Lehrbuch,
DOI 10.1007/978-3-662-46894-4_8

Allerdings ist mit dem Verbot der Altersdiskriminierung nicht ein Schutz älterer Menschen gemeint, sondern ein Schutz vor Diskriminierung aufgrund des Lebensalters. So sind in Art. 6 Abs. 1 a ausdrücklich auch Jugendliche als Schutzobjekt vor Diskriminierungsmaßnahmen wegen Alters, insbesondere bei Entlohnung und beruflicher Eingliederung, genannt.[3] Mithin dürfen sowohl Junge als auch Alte wegen ihres Alters nicht benachteiligt werden. In Anbetracht dieses sehr weiten Anwendungsbereichs ist die Frage der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung wegen Alters von besonderer Bedeutung.[4]

8.2 Rechtfertigungsgründe nach Art. 4 und 6 der Richtlinie 2000/78/EG

Nach Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG ist eine unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt, wenn das Alter für die Art der beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Hierunter können Regelungen über Altersbeschränkungen für Feuerwehrmänner, Polizisten, Fluglotsen, Piloten, Busfahrer usw. fallen, weil die körperliche und geistige Belastbarkeit eine wesentliche Voraussetzung für die Berufsausübung darstellt.[5]

Des Weiteren stellen nach Art. 6 der Richtlinie 2000/78/EG Ungleichbehandlungen wegen Alters dann keine Diskriminierung dar, wenn sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sind, worunter insbesondere Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind. Zudem müssen die Ungleichbehandlungen zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sein. Dabei geht der EuGH von einem weiten Ermessensspielraum der Mitgliedsstaaten im Zusammenhang mit den in Art. 6 geregelten Bereichen Beschäftigungspolitik und Arbeitsmarkt aus.[6] Grundsätzlich steht der EuGH daher aufgrund dieses Ermessensspielraums nationalen Altersgrenzen für bestimmte Tätigkeiten recht großzügig gegenüber.[7] Der weite Ermessenspielraum bedeutet aber nicht, dass der EuGH auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung verzichtet. Insoweit kommt es dann, wenn Mitgliedsstaaten arbeitsmarkt- bzw. beschäftigungspolitische Zielsetzungen mit

[3] vgl. Riesenhuber a. a. O.

[4] vgl. Thüsing.a.a. O.; Riesenhuber a. a. O.; Grünberger in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 3 Rn. 186–197; sowie Preis in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 4 Rn. 22–42.

[5] vgl. Thüsing, a. a. O. Rn. 89; Preis NZA 2006, 401; Grünberger a. a. O.; Preis a. a. O.

[6] vgl. Palacios de la Villa EuGH Slg. 2007, I-8531, Rn. 68.

[7] vgl. hierzu Bayreuther NJW 2012, 2758; Temming NZA 2007, 1193; Bauer, Krieger NZA 2007, 674; Preis NZA 2006, 401.

Altersregelungen verfolgen, darauf an, ob die entsprechenden Maßnahmen auch angemessen und verhältnismäßig sind.[8]

8.3 Praktische Fallbeispiele

Der EuGH musste sich daher mit der Wirksamkeit altersabhängiger Kündigungsfristen[9] sowie der vom Lebensalter abhängigen Urlaubs- und Gehaltshöhe[10] auseinandersetzen. Zudem waren u. a. arbeits- oder tarifvertragliche Regelungen über die zwingende Beendigung eines Arbeitsverhältnisses bei Erreichen eines bestimmten Alters Streitgegenstand von EuGH-Entscheidungen.[11].

8.3.1 Fall Kücükdeveci EuGH Slg. 2010, I-365[12]

Frau K wird von ihrem Arbeitgeber betriebsbedingt mit einer Frist von einem Monat zum Quartalsende gekündigt. K ist 29 Jahre alt und seit zehn Jahren in dem Unternehmen beschäftigt. Bei der Berechnung der Kündigungsfrist hat der Arbeitgeber entsprechend § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB die Beschäftigungszeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahres nicht berücksichtigt. Im Zuge der Kündigungsschutzklage legte das LAG Düsseldorf dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob eine nationale Gesetzgebung, nach der sich die vom Arbeitgeber einzuhaltenden Kündigungsfristen mit zunehmender Dauer der Beschäftigung stufenweise verlängern, jedoch dabei vor Vollendung des 25. Lebensjahres liegende Beschäftigungszeiten unberücksichtigt bleiben, mit dem Verbot der Altersdiskriminierung nach der Gleichbehandlungs-Rahmenrichtlinie 2000/78/EG vereinbar sei.

Nach Auffassung des EuGH verstößt die Regelung von § 622 Abs. 2 Unterabs. 2 BGB gegen das Verbot der Altersdiskriminierung nach Richtlinie 2000/78/EG (Gleichbehandlungs-Rahmenrichtlinie). Die Ungleich-behandlung ist auch nicht gerechtfertigt, da sie pauschal jeden Arbeitnehmer ohne Berücksichtigung der vorgesehenen Flexibilität und Mobilität betrifft. Wenn auch die Richtlinie nicht unmittelbar zwischen privaten Rechtssubjekten Verpflichtungen begründen kann und auch die Umsetzungsfrist noch nicht abgelaufen sein sollte, so müssen doch die Gerichte für Arbeitssachen bei der Auslegung von nationalen Gesetzen auf die sich aus der Richtlinie ergebenden Verpflichtungen Rücksicht nehmen.

[8] vgl. Prigge EuGH Slg. 2011, I-8003; Hörnfeldt EuGH NZA 2012, 785; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage § 3 Rn. 88–91; Diller/Krieger/Arnold NZA 2006, 887.

[9] vgl. Kücükdeveci EuGH Slg. 2010, I-365.

[10] vgl. Hennigs u. Mai EuGH Slg. 2011, I-7965.

[11] vgl. Rosenbladt EuGH Slg. 2010, I-9391; Hörnfeldt EuGH NZA 2012, 785; Prigge EuGH Slg. 2011, I-8003.

[12] siehe auch NJW 2010, 427; NZA 2010, 85; EuZW 2010, 177.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters ist als ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts nach Art. 10 AEUV sowie Art. 21 Abs. 1 GRCh anzusehen. Eine nationale Bestimmung wie § 622 Abs. 2 Unterabs. 2 BGB berührt dadurch, dass sie bestimmt, dass die vor Vollendung des 25. Lebensjahrs zurückgelegten Beschäftigungszeiten des Arbeitnehmers bei der Berechnung der Kündigungsfrist unberücksichtigt bleiben, die Bedingungen der Entlassung von Arbeitnehmern. (Rn. 21, 26)
2. Im vorliegenden Fall sieht § 622 Abs. 2 Unterabs. 2 BGB eine weniger günstige Behandlung für Arbeitnehmer vor, die ihre Beschäftigung bei dem Arbeitgeber vor Vollendung des 25. Lebensjahrs aufgenommen haben. Diese nationale Regelung behandelt somit Personen, die die gleiche Betriebszugehörigkeitsdauer aufweisen, unterschiedlich, je nachdem, in welchem Alter sie in den Betrieb eingetreten sind. (Rn. 29)
3. Nach Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78 stellt eine Ungleichbehandlung wegen des Alters keine Diskriminierung dar, sofern sie objektiv und angemessen ist und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. (Rn. 33)
4. § 622 Abs. 2 Unterabs. 2 BGB spiegelt die Einschätzung des Gesetzgebers wider, dass es jüngeren Arbeitnehmern regelmäßig leichter falle und schneller gelinge, auf den Verlust ihres Arbeitsplatzes zu reagieren, und dass ihnen größere Flexibilität zugemutet werden könne. Schließlich erleichterten kürzere Kündigungsfristen für jüngere Arbeitnehmer deren Einstellung, indem sie die personalwirtschaftliche Flexibilität erhöhten. (Rn. 35)
5. Ziele wie die von der deutschen Regierung und dem vorlegenden Gericht genannten gehören zur Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik im Sinne des Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78. Nach dieser Bestimmung ist aber weiter zu prüfen, ob die zur Erreichung eines solchen legitimen Ziels eingesetzten Mittel „angemessen und erforderlich" sind. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die Mitgliedstaaten über einen weiten Ermessensspielraum bei der Wahl der Maßnahmen zur Erreichung ihrer Ziele im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik verfügen. (Rn. 36, 37, 38)
6. Die größere personalwirtschaftliche Flexibilität ist jedoch keine im Hinblick auf die Erreichung dieses Ziels angemessene Maßnahme, weil sie für alle Arbeitnehmer, die vor Vollendung des 25. Lebensjahrs in den Betrieb eingetreten sind, unabhängig davon gilt, wie alt sie zum Zeitpunkt ihrer Entlassung sind. (Rn. 40)
7. Im Zuge von Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten begründen Richtlinien nicht selbst Verpflichtungen für einen Einzelnen, so dass ihm gegenüber eine Berufung auf die Richtlinie als solche nicht möglich ist. Jedoch obliegen die sich aus einer Richtlinie ergebenden Verpflichtungen allen Trägern öffentlicher Gewalt der Mitgliedstaaten und damit auch den Gerichten. (Rn. 46, 47)

8.3.2 Fall Rosenbladt EuGH Slg. 2010, I-9391[13]

Die berufliche Tätigkeit von Frau Rosenbladt bestand 39 Jahre lang darin, in einer Kaserne in Hamburg-Blankenese Reinigungsarbeiten zu erbringen. Seit dem 1. November 1994 war Frau Rosenbladt beim Reinigungsunternehmen Oellerking mit einer Bruttomonatsvergütung von 307,48 € teilzeitbeschäftigt (zwei Stunden pro Tag, zehn Stunden pro Woche). Der Arbeitsvertrag verweist auf einen allgemeinverbindlichen Tarifvertrag, nach dem gemäß § 19 Nr. 8 RTV das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des Kalendermonats endet, in dem die Beschäftigte Anspruch auf eine Rente wegen Alters hat, spätestens mit Ablauf des Monats, in dem sie das 65. Lebensjahr vollendet hat. Gemäß dieser Regelung teilte Oellerking Frau Rosenbladt am 14. Mai 2008 mit, dass ihr Arbeitsvertrag wegen Eintritts in das Rentenalter mit dem 31. Mai 2008 ende.

Mit Schreiben vom 18. Mai 2008 teilte Frau Rosenbladt ihrem Arbeitgeber mit, dass sie weiterhin arbeiten wolle. Trotz ihres Widerspruchs endete ihr Arbeitsverhältnis am 31. Mai 2008. Am 28. Mai 2008 erhob Frau Rosenbladt Klage beim Arbeitsgericht Hamburg. Sie macht geltend, dass die Beendigung ihres Arbeitsvertrags unzulässig sei, da sie eine Diskriminierung wegen des Alters darstelle. Eine Altersgrenze wie die in § 19 Nr. 8 RTV vorgesehene könne weder nach Art. 4 (berufliche Anforderung) noch nach Art. 6 (Ziele der Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung) der Richtlinie 2000/78/EG gerechtfertigt sein. Seit dem 1. Juni 2008 bezieht Frau Rosenbladt eine Rente aus der gesetzlichen Altersversorgung in Höhe von monatlich 253,19 €, entsprechend 228,26 € netto. Das Arbeitsgericht Hamburg hat Zweifel, ob die in § 19 Nr. 8 RTV enthaltene Klausel über die automatische Beendigung von Arbeitsverhältnissen mit dem in der Richtlinie 2000/78/EG enthaltenen Verbot der Altersdiskriminierung vereinbar sei und legt dem EuGH diese Frage zur Vorabentscheidung vor. Zudem stellt es die Frage, ob eine automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Vollendung des 65. Lebensjahres auch unabhängig von der jeweils konkreten wirtschaftlichen, sozialen und demographischen Situation eintreten kann.

Nach Auffassung des EuGH ist die vorliegende Ungleichbehandlung durch einen für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG gerechtfertigt. Es werde ein legitimes Ziel in angemessener Weise verfolgt. Die automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses von Beschäftigten, welche eine gesetzliche Rente wegen Alters beanspruchen könne, werde seit langem in vielen Mitgliedsstaaten praktiziert. Solche Altersgrenzen seien im Grunde mit dem Gedanken der besseren Beschäftigungsverteilung zwischen den Generationen zu rechtfertigen. Ob allerdings im Einzelfall eine solche Altersgrenze in Anbetracht der nur geringen Rente von 228,26 € angemessen und erforderlich sei, überlässt der EuGH der Entscheidung des vorlegenden Gerichts. Es verweist in diesem Zusammenhang auf die Regelung von Art. 16 Richtlinie 2000/78/EG, wonach die Mitgliedsstaaten erforderliche Maßnahmen zu treffen haben, damit Regelungen, die gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz im Einzelfall verstoßen, für nichtig erklärt

[13] siehe auch NJW 2010, 3767; NZA 2010, 1167; EuZW 2010, 869.

werden können. In diesem Zusammenhang verweist der EuGH ferner darauf, dass das deutsche Arbeitsrecht die Fortführung der Berufstätigkeit im Rentenalter nicht untersagt und sich die betroffene Person vor Diskriminierung wegen Alters schützen kann, wenn sie sich um eine Beschäftigung bei ihrem bisherigen Arbeitgeber bzw. bei einem Dritten bemüht.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Nach Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78 stellt eine Ungleichbehandlung wegen des Alters keine Diskriminierung dar, wenn sie objektiv und angemessen ist und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. (Rn. 38)
2. § 10 AGG enthält im Wesentlichen die gleichen Grundsätze. § 10 Nr. 5 AGG nennt als eines von mehreren Beispielen von auf dem Alter beruhenden unterschiedlichen Behandlungen, die gerechtfertigt sein können, Vereinbarungen, die die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses ohne Kündigung zu einem Zeitpunkt vorsehen, zu dem der Beschäftigte eine Rente wegen Alters beantragen kann. Diese Vorschrift führt damit keine zwingende Regelung des Eintritts in den Ruhestand ein, sondern ermächtigt Arbeitgeber und Arbeitnehmer, einzel- oder tarifvertraglich eine Art und Weise der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu vereinbaren, die unabhängig von einer Kündigung auf dem Alter beruht, von dem an eine Rente beantragt werden kann. (Rn. 39)
3. In Art. 6 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2000/78 werden in der Aufzählung von Ungleichbehandlungen wegen des Alters, die gerechtfertigt sein und damit nicht als diskriminierend angesehen werden können, Klauseln über die automatische Beendigung von Arbeitsverhältnissen nicht genannt. Dieser Umstand allein ist jedoch nicht ausschlaggebend. Diese Aufzählung hat nämlich nur Hinweischarakter. So sind die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie nicht verpflichtet, ein spezifisches Verzeichnis der Ungleichbehandlungen zu erstellen, die durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sein können. Wenn sie sich im Rahmen ihres Ermessensspielraums hierfür entscheiden, können sie in dieses Verzeichnis andere Beispiele von Ungleichbehandlungen und Zielen als die ausdrücklich in der Richtlinie genannten aufnehmen, sofern diese Ziele im Sinne von Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie legitim und die Ungleichbehandlungen zur Erreichung dieser Ziele angemessen und erforderlich sind. (Rn. 40)
4. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die Mitgliedstaaten und gegebenenfalls die Sozialpartner auf nationaler Ebene nicht nur bei der Entscheidung, welches konkrete Ziel von mehreren im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik sie verfolgen wollen, sondern auch bei der Festlegung der Maßnahmen zu seiner Erreichung über einen weiten Ermessensspielraum verfügen. (Rn. 41)

5. Der Gesetzgeber wollte beim Erlass des § 10 Nr. 5 AGG nicht die bestehende Situation in Frage stellen, in der Klauseln über die automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen des Rentenalters des Beschäftigten allgemein verwendet worden seien. Diese Klauseln sind seit Jahrzehnten unabhängig von den sozialen und demografischen Gegebenheiten sowie der Arbeitsmarktlage angewandt worden. (Rn. 42)
6. Die automatische Beendigung der Arbeitsverhältnisse von Beschäftigten, die die das Alter und die Beitragszahlung betreffenden Voraussetzungen für den Bezug einer Altersrente erfüllen, ist seit Langem Teil des Arbeitsrechts zahlreicher Mitgliedstaaten und in den Beziehungen des Arbeitslebens weithin üblich ist. Dieser Mechanismus beruht auf einem Ausgleich zwischen politischen, wirtschaftlichen, sozialen, demografischen und/oder haushaltsbezogenen Erwägungen und hängt von der Entscheidung ab, die Lebensarbeitszeit der Arbeitnehmer zu verlängern oder, im Gegenteil, deren früheren Eintritt in den Ruhestand vorzusehen. (Rn. 44)
7. Daher sind Ziele der Art, wie u. a. die Arbeitsteilung zwischen den Generationen, grundsätzlich als solche anzusehen, die eine Ungleichbehandlung wegen des Alters wie die in § 10 Nr. 5 AGG vorgesehene im Sinne von Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 als „objektiv und angemessen“ erscheinen lassen und „im Rahmen des nationalen Rechts“ rechtfertigen. (Rn. 45)
8. Die Zulässigkeit von Klauseln über die automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses, wenn der Beschäftigte das Rentenalter erreicht, kann grundsätzlich nicht als eine übermäßige Beeinträchtigung der berechtigten Interessen der betroffenen Arbeitnehmer angesehen werden. Eine solche Regelung stellt nämlich nicht nur auf ein bestimmtes Alter ab, sondern berücksichtigt auch den Umstand, dass den Betroffenen am Ende ihrer beruflichen Laufbahn ein finanzieller Ausgleich durch einen Einkommensersatz in Gestalt einer Altersrente zugutekommt. (Rn. 47, 48)
9. Überdies ermächtigt der Mechanismus der automatischen Beendigung von Arbeitsverhältnissen die Arbeitgeber nicht zur einseitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses, wenn die Beschäftigten das Alter erreicht haben, in dem sie ihre Rente beantragen können. Dieser von der Kündigung zu unterscheidende Mechanismus beruht auf einer tarifvertraglichen Grundlage. Diese eröffnet nicht nur den Beschäftigten und Arbeitgebern mittels Einzelverträgen, sondern auch den Sozialpartnern über Tarifverträge – und daher mit nicht unerheblicher Flexibilität – die Möglichkeit, von diesem Mechanismus Gebrauch zu machen, so dass nicht nur die Gesamtlage des betreffenden Arbeitsmarkts, sondern auch die speziellen Merkmale der jeweiligen Beschäftigungsverhältnisse gebührend berücksichtigt werden können. (Rn. 49)
10. Diese Schlussfolgerung bedeutet indessen nicht, dass solche in einem Tarifvertrag enthaltenen Klauseln der effektiven gerichtlichen Kontrolle im Hinblick auf die Vorschriften der Richtlinie 2000/78 und den Gleichbehandlungsgrundsatz entzogen wären. Diese Kontrolle ist anhand der besonderen Gegebenheiten vorzunehmen, die für die zu prüfende Klausel kennzeichnend sind. (Rn. 52)

11. Demnach ist Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 dahin auszulegen, dass er einer nationalen Bestimmung wie § 10 Nr. 5 AGG, wonach Klauseln über die automatische Beendigung von Arbeitsverhältnissen bei Erreichen des Rentenalters des Beschäftigten zulässig sind, nicht entgegensteht, soweit zum einen diese Bestimmung objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel der Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik gerechtfertigt ist und zum anderen die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Die Nutzung dieser Ermächtigung in einem Tarifvertrag ist als solche nicht der gerichtlichen Kontrolle entzogen, sondern muss gemäß den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 ebenfalls in angemessener und erforderlicher Weise ein legitimes Ziel verfolgen. (Rn. 53)

8.3.3 Fall Hörnfeldt EuGH NZA 2012, 785[14]

Der schwedische Arbeitnehmer Hörnfeldt war von 1989 bis 2009 beim damaligen Postverk (Postdienst) beschäftigt. In den ersten Jahren war er lediglich einen Tag pro Woche auf Stundenbasis tätig und seit 2006 in einem Umfang von 75 % der regelmäßigen Arbeitszeit. Am 15. Mai 2009 vollendete Herr Hörnfeldt sein 67. Lebensjahr. Nach den §§ 32 a und 33 des schwedischen Kündigungsschutzgesetzes (LAS) darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht aus Altersgründen kündigen, solange der Arbeitnehmer nicht das 67. Lebensjahr vollendet hat. Umgekehrt darf er das Arbeitsverhältnis dann aber einseitig beenden, wenn der Arbeitnehmer diese Altersgrenze überschritten hat. Flankierend dazu ist sozialversicherungsrechtlich bestimmt, dass Arbeitnehmer mit Erreichen des 67. Lebensjahres zum Bezug einer Altersrente berechtigt sind. Herr Hörnfeldt ist der Auffassung, dass er hierdurch wegen seines Alters diskriminiert wird. Das schwedische Kündigungsschutzgesetz bewirke, dass sein Arbeitsverhältnis am letzten Tag des Monats ende, an dem er das 67. Lebensjahr vollendet habe, so dass eine unmittelbar auf dem Alter beruhende Ungleichbehandlung vorliege. Außerdem sei er in Anbetracht seiner geringen Rente darauf angewiesen, über das 67. Lebensjahr hinaus weiterzuarbeiten. Der Södertöns Tingrätt legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob Art. 6 der Richtlinie 2000/78/EG so auszulegen sei, dass er einer nationalen Regelung nicht entgegenstehe, die es dem Arbeitgeber erlaubt, das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers bei Erreichen des 67. Lebensjahres durch Kündigung zu beenden.

Der EuGH hält die §§ 32 a u. 33 LAS für europarechtskonform. Starre Altersgrenzen seien jedenfalls dann zulässig, wenn sie das Arbeitsverhältnis zu einem Zeitpunkt beendigen, zu dem der Arbeitnehmer eine Regelaltersgrenze beanspruchen kann. Erforderlich sei ferner, dass die Ungleichbehandlung objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Die vorliegende Altersregelung ist durch ein legitimes Ziel der Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik gerechtfertigt. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass der Betroffene nur eine sehr geringe Altersrente beziehen werde.

[14] siehe auch NJW 2012, 2499; EuZW 2012, 794.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Es steht außer Frage, dass die 67 Jahre-Regelung eine Ungleichbehandlung wegen des Alters im Sinne von Art. 6 Abs. 1 a der Richtlinie 2000/78 darstellt. Nach dieser Regelung stellen Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung dar, sofern sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. (Rn. 20, 21)
2. Die automatische Beendigung der Arbeitsverhältnisse von Beschäftigten, die die Voraussetzungen für den Bezug einer Altersrente erfüllen, ist seit langem Teil des Arbeitsrechts zahlreicher Mitgliedsstaaten und daher weithin üblich. Dieser Mechanismus beruht auf einem Ausgleich zwischen politischen, wirtschaftlichen, sozialen, demografischen und/oder haushaltsbezogenen Erwägungen und hängt von der Entscheidung ab, die Lebensarbeitszeit der Arbeitnehmer zu verlängern oder im Gegenteil deren früheren Eintritt in den Ruhestand vorzusehen. Dabei ist die Förderung von Einstellungen unbestreitbar ein legitimes Ziel der Sozial- und Beschäftigungspolitik der Mitgliedsstaaten, zumal wenn es darum geht, den Zugang jüngerer Personen zur Ausbildung des Berufes zu fördern. (Rn. 28, 29)
3. Daher sind die vorgenannten Ziel grundsätzlich als solche anzusehen, die eine Ungleichbehandlung wegen des Alters im Sinne von Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 als objektiv und angemessen erscheinen lassen und im Rahmen des nationalen Rechts rechtfertigen. Dabei ist auch der weite Ermessensspielraum der Mitgliedsstaaten zu berücksichtigen, den diese bei der Verfolgung bestimmter sozial- und beschäftigungspolitischer Ziele haben. (Rn. 30)
4. Hinzu kommt, dass nach § 33 LAS die Betroffenen nicht automatisch gezwungen werden, endgültig aus dem Arbeitsmarkt auszuscheiden. Es handelt sich um keine zwingende Regelung. Vielmehr sieht sie lediglich die Voraussetzungen vor, unter denen ein Arbeitgeber vom Grundsatz des Verbots der Diskriminierung wegen Alters abweichen und ein Arbeitsverhältnis des Beschäftigten beenden kann, weil dieser das 67. Lebensjahr vollendet hat. Zudem stellt die 67-Jahres-Regelung nicht nur darauf ab, dass ein bestimmtes Alter erreicht wird, sondern sie berücksichtigt auch, dass dem Arbeitnehmer am Ende seiner beruflichen Laufbahn ein finanzieller Ausgleich durch einen Einkommensersatz in Gestalt einer Altersrente zugutekomme. (Rn. 40, 42)

8.3.4 Fall Prigge u. a. EuGH Slg. 2011, I-8003[15]

Herr Prigge, Herr Fromm und Herr Lambach waren langjährig als Flugzeugführer, zuletzt als Flugkapitäne, bei der Deutschen Lufthansa beschäftigt. Ihre Arbeitsverträge endeten nach § 19 Abs. 1 MTV Nr. 5a mit Vollendung ihres 60. Lebensjahres

[15] siehe auch NJW 2011, 3209; NZA 2011, 1039; EuZW 2011, 751.

im Jahr 2006 bzw. im Jahr 2007. § 19 Abs. 1 MTV Nr. 5 a für das Cockpit-Personal der Deutschen Lufthansa lautet wie folgt:

> Das Arbeitsverhältnis endet – ohne dass es einer Kündigung bedarf – mit Ablauf des Monats, in dem das 60. Lebensjahr vollendet wird…

Nach dem internationalen Regelungswerk für Privatflugzeugführer, Berufsflugzeugführer und Verkehrsflugzeugführer (JAR-FCL 1) und § 20 Abs. 2 der Luftverkehrszulassungsordnung dürfen Piloten nach Vollendung des 60. Lebensjahres nicht mehr als Pilot von Flugzeugen bei der gewerbsmäßigen Beförderung eingesetzt werden, es sei denn, er ist Mitglied einer Flugbesatzung, die aus mehreren Piloten besteht und die anderen Piloten haben das 60. Lebensjahr noch nicht vollendet.

Die Kläger des Ausgangsverfahrens waren der Ansicht, dass sie unter Verstoß gegen die Richtlinie 2000/78 und das AGG wegen Alters diskriminiert worden seien, und erhoben vor dem Arbeitsgericht Frankfurt am Main Klage mit dem Antrag, festzustellen, dass ihre Arbeitsverhältnisse mit der Deutschen Lufthansa nicht zum Ende des Monats, in dem sie das 60. Lebensjahr vollendet haben, endeten, und mit dem weiteren Antrag, die Fortsetzung ihrer Arbeitsverträge anzuordnen. Das Arbeitsgericht Frankfurt am Main wies ihre Klage ab, und das Landesarbeitsgericht Hessen wies ihre Berufung zurück. Die Kläger legten hiergegen Revision zum Bundesarbeitsgericht ein. Das Bundesarbeitsgericht hat das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH zur Vorabentscheidung befragt, ob Art. 4 und Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 so auszulegen sei, dass ihnen Regelungen des nationalen Rechts entgegenstehen, die eine auf Gründen der Gewährleistung der Flugsicherheit beruhende tarifliche Altersgrenzenregelung von 60 Jahren für Piloten anerkenne.

Der EuGH sah in der tarifvertraglichen Höchstaltersgrenze für Lufthansapiloten eine unzulässige Altersdiskriminierung. Er ließ sich dabei maßgeblich von der Tatsache leiten, dass Piloten sowohl nach den nationalen als auch nach den internationalen öffentlich-rechtlichen Regelungen die Möglichkeit haben, zwischen dem vollendeten 60. und 65. Lebensjahr ihrer Tätigkeit unter bestimmten Umständen weiter nachzugehen.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Aus dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 geht hervor, dass die Ungleichbehandlung nur dann keine Diskriminierung darstellt, wenn sie auf ein Merkmal gestützt ist, das im Zusammenhang mit einem Diskriminierungsgrund steht und dieses Merkmal eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Im Fall der Verkehrspiloten ist es wesentlich, dass sie insbesondere über besondere körperliche Fähigkeiten verfügen, da körperliche Schwächen in diesem Beruf beträchtliche Konsequenzen haben können. Unbestreitbar nehmen diese Fähigkeiten auch mit zunehmendem Alter ab. Daraus folgt, dass die Ausübung des Berufes des Verkehrspiloten das Vorhandensein besonderer körperlicher Fähigkeiten als eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 der

Richtlinie 2000/78 angesehen werden kann und dass diese Fähigkeiten altersabhängig sind. (Rn. 66, 67)

2. Allerdings ist Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 – soweit er es ermöglicht, vom Diskriminierungsverbot abzuweichen – eng auszulegen. Haben die Piloten sowohl nach der nationalen als auch nach den anerkannten internationalen Regelungen die Möglichkeit, zwischen dem vollendeten 60. und dem 65. Lebensjahr ihren Tätigkeiten unter bestimmten Beschränkungen weiter nachzugehen, so werden durch die tarifvertragliche Altersgrenze von 60 Jahren den betroffenen Piloten unverhältnismäßige Anforderungen auferlegt. Eine entsprechende tarifvertragliche Klausel steht daher der Regelung von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 entgegen. (Rn. 72, 73, 74, 75, 76)
3. Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78 bestimmt, dass eine Ungleichbehandlung wegen des Alters keine Diskriminierung darstellt, sofern sie objektiv und angemessen ist und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. (Rn. 77)
4. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die in dieser Bestimmung aufgeführten rechtmäßigen Ziele, auch wenn die Aufzählung nicht erschöpfend ist, mit der Beschäftigungspolitik, dem Arbeitsmarkt und der beruflichen Bildung in Zusammenhang stehen. Aus all diesen Gesichtspunkten ergibt sich, dass ein Ziel wie die Flugsicherheit nicht zu den in Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78 genannten Zielen gehört; vielmehr ist dieser Gesichtspunkt entsprechend Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 zu berücksichtigen. (Rn. 80, 82)
5. Schließlich handelt es sich auch um keine Maßnahme für die öffentliche Sicherheit und den Schutz und die Gesundheit im Sinne von Art. 2 Abs. 5 Richtlinie 2000/78. Es handelt sich bei den Sozialpartnern nicht um öffentlich-rechtlich verfasste Einrichtungen, die entsprechende Maßnahmen zur öffentlichen Sicherheit, zum Schutz der Gesundheit und der sonstigen Rechte ergreifen. (Rn. 58, 60)

8.3.5 Fall Hennigs u. Mai EuGH Slg. 2011, I-7965[16]

Frau Hennigs war seit 2004 als Bauingenieurin beim Eisenbahn-Bundesamt eingestellt. Nach BAT war sie in Vergütungsgruppe V a eingestuft. Sie war bei ihrer Einstellung 41 Jahre alt und wurde gemäß § 27 BAT in die Lebensaltersstufe 35 eingestuft. Bei Überleitung vom BAT in den TVöD wurde sie entsprechend ihrer BAT-Lebensaltersstufe nunmehr in die Vergütungsgruppe 11 Stufe 4 eingruppiert. Bei einer Bezahlung entsprechend Stufe 5 hätte sie monatlich 435,00 € brutto mehr verdient. Sie ist der Auffassung, dass die Lebensaltersstufen des BAT eine

[16] siehe auch NJW 2012, 512; NZA 2011, 1100; EuZW 2011, 883.

Diskriminierung wegen Alters darstellen, die sich nunmehr aufgrund der Überleitung im TVöD fortsetzen. Herr Mai ist als Angestellter beim Land Berlin beschäftigt. Als Geschäftsführer eines Pflegeheims wird er nach Vergütungsgruppe I a des BAT bezahlt. Die Grundvergütung ist abhängig von der Lebensaltersstufe zu erhöhen. Herr Mai beantragt bei seinem Arbeitgeber die Bezahlung nach Lebensaltersstufe 47, obwohl er das entsprechende Lebensjahr noch nicht erreicht hatte. Nach seiner Ansicht stellt die Staffelung der Grundvergütung nach Lebensaltersstufen eine Diskriminierung wegen Alters dar.

In beiden Verfahren geht es somit um die Frage, ob das Verbot der Diskriminierung einer in einem Tarifvertrag vorgesehenen Maßnahme entgegenstehe, wonach sich innerhalb der jeweiligen Vergütungsgruppe die Grundvergütung eines Angestellten im öffentlichen Dienst bei dessen Einstellung nach dessen Alter bemisst. Beide Kläger machten geltend, dass die Staffelung der Grundvergütung nach Lebensaltersstufen eine Diskriminierung wegen des Alters darstelle, da sie als jüngere Angestellte dadurch benachteiligt werden. Das BAG möchte im Wege der Vorabentscheidung wissen, ob die primär- und sekundärrechtlichen Altersdiskriminierungsverbote tarif-vertraglichen Vergütungsgruppen entgegenstehen, die die Grundvergütung nach Lebensaltersstufen bemisst.

Nach Auffassung des EuGH stehe das Verbot der Diskriminierung einer tarifvertraglichen Regelung entgegen, wonach sich innerhalb der jeweiligen Vergütungsgruppe die Grundvergütung des Angestellten im öffentlichen Dienst nach dessen Alter bemisst. Es sei allerdings möglich, für einen Übergangszeitraum die bestehenden – diskriminierenden – Regelungen weiter anzuwenden, um für die bereits in einem Beschäftigungsverhältnis stehenden Angestellten den Übergang zu einem neuen System ohne Einkommensverluste zu gewährleisten.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Sozialpartner können auf nationaler Ebene in gleicher Weise wie die Mitgliedsstaaten im Einklang mit Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 Maßnahmen vorsehen, die die Ungleichbehandlung wegen des Alters einschließen. Sie verfügen ebenso wie die Mitgliedsstaaten nicht nur bei der Entscheidung darüber, welches konkrete Ziel von mehreren im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik sie verfolgen wollen, sondern auch bei der Festlegung der Maßnahmen zu seiner Erreichung, über ein weites Ermessen. (Rn. 65)
2. Das Wesen durch Tarifvertrag erlassener Maßnahmen unterscheidet sich vom Wesen einseitig im Gesetz- und Verordnungsweg von den Mitgliedsstaaten erlassener Maßnahmen dadurch, dass die Sozialpartner bei der Wahrnehmung ihrer in Art. 28 der Charta anerkannten Grundrechte auf Kollektivhandlungen darauf geachtet haben, einen Ausgleich zwischen ihren jeweiligen Interessen festzulegen. (Rn. 66)
3. Allerdings muss das in Art. 28 der Charta proklamierte Recht auf Kollektivverhandlungen im Einklang mit dem sonstigen Unionsrecht ausgeübt werden. Deshalb müssen die Sozialpartner beim Erlass von Maßnahmen, die in den Anwendungsbereich von Beschäftigung und Beruf fallen, das Diskriminierungsverbot wegen Alters nach Richtlinie 2000/78 beachten. (Rn. 67, 68)

4. Zum Vorbringen der deutschen Regierung, dass der höhere finanzielle Bedarf älterer Angestellter ausgeglichen werden soll, der mit ihrem sozialen Umfeld zusammenhänge, ist zum einen festzustellen, dass nicht dargetan wurde, dass zwischen dem Alter der Angestellten und deren finanziellem Bedarf ein unmittelbarer Zusammenhang besteht. So kann ein junger Angestellter erhebliche familiäre Lasten zu tragen haben, während ein älterer Angestellter möglicherweise ledig ist und kein unterhaltsberechtigtes Kind hat. Zum anderen wird die Grundvergütung der Angestellten im öffentlichen Dienst durch einen Ortszuschlag ergänzt, dessen Höhe je nach den familiären Lasten des angestellten unterschiedlich ausfällt. (Rn. 70)
5. Das Verbot der Diskriminierung wegen Alters ist somit dahingehend auszulegen, dass es einer in einem Tarifvertrag vorgesehenen Maßnahme – wie in den Vergütungstarifverträgen zum BAT und zum TVöD –, wonach innerhalb der jeweiligen Vergütungsgruppe die Grundvergütung eines Angestellten im öffentlichen Dienst bei dessen Einstellung nach seinem Alter bemessen wird, entgegensteht. (Rn. 79)
6. Das vom TVöD geschaffene Entgeltsystem sieht keine Lebensaltersstufen und keinen Ortszuschlag mehr vor, sondern hat ein einheitliches Entgelt geschaffen. Dieses bestimmt sich nach Kriterien wie Tätigkeit, Berufserfahrung und Leistung des Angestellten. Die beiden letztgenannten Kriterien sind maßgeblich für die Vergütungsstufe innerhalb der jeweiligen Vergütungsgruppe. Die Übergangsvorschriften für die Neueinstufung des Angestellten im Rahmen des Übergangs vom Vergütungssystem BAT zum System des TVöD werden durch den TVÜ-Bund festgelegt. (Rn. 81)
7. Das durch den TVÜ-Bund geschaffene System hat dadurch, dass es der Festlegung des Vergleichsentgeltes die bisherige Vergütung zugrunde legt, die Sachlage fortgeführt, dass Angestellte allein wegen ihres Einstellungsalters eine geringere Vergütung als andere Angestellte, obwohl sie sich in einer vergleichbaren Situation befinden. Daraus ergibt sich, dass einige Angestellte, die vom Übergang des Vergütungssystems des BAT zum System des TVöD betroffen sind, allein wegen ihres Einstellungsalters eine geringere Vergütung erhalten als andere Angestellte. (Rn. 84, 86)
8. Das Ziel, dass die Sozialpartner bei der Aushandlung des TVöD und der Übergangsvorschriften des TVÜ-Bund verfolgt haben, bestand darin, dass bei der Neueinstufung der Angestellten in das neue tarifliche Vergütungssystem sichergestellt werden sollte, dass die Besitzstände der Angestellten gewahrt bleiben und dass ihnen ihre bisherige Vergütung erhalten blieb. Dabei kann die Wahrung des Besitzstandes einer Personengruppe ein zwingender Grund des Allgemeininteresses sein, der diese Einschränkung rechtfertigt, vorausgesetzt, dass die einschränkende Maßnahme nicht über das zur Wahrung des Besitzstandes Erforderliche hinaus geht. (Rn. 89, 90)
9. Die von den Sozialpartnern mit dem TVÜ-Bund geschaffene Übergangsregelung ist daher nicht sachwidrig. Diese Regelungen sind angemessen um zu verhindern, dass die Angestellten des Bundes einen Einkommensverlust erleiden und gehen unter Berücksichtigung des den Sozialpartnern zuerkannten weiten Gestaltungsspielraums im Bereich der Festlegung der Vergütung nicht über das zur Erreichung dieses Ziels erforderliche Maß hinaus. (Rn. 98)

8.4 Auswirkung auf die deutsche Rechtsordnung und die arbeitsrechtliche Praxis

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Gerichte für Arbeitssachen die Regelung des § 622 Abs. 2 Unterabs. 2 BGB aufgrund der Kücükdeveci-Entscheidung bei der Berechnung von Kündigungsfristen nicht mehr anwenden.[17]

8.4.1 Höchstaltersregelungen als Voraussetzung für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen

Aus der Rosenbladt- und Hörnfeldt-Entscheidung des EuGH[18] lässt sich zudem der Schluss ziehen, dass Regelungen über die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses, die an den Eintritt des gesetzlichen Rentenalters anknüpfen, grundsätzlich zulässig sind. Voraussetzung hierfür ist aber, dass Arbeitnehmer, die weiter arbeiten wollen, bei einer entsprechenden Bewerbung keine Diskriminierung wegen des Lebensalters befürchten müssen.[19] Eine einzelvertragliche Vereinbarung, die die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses ohne Kündigung zu einem Zeitpunkt vorsieht, zu dem der oder die Beschäftigte eine Rente wegen Alters beantragen kann, ist daher nach § 10 Satz 3 Nr. 5 AGG zulässig.[20] Gleiches gilt für entsprechende Regelungen in Betriebsvereinbarungen[21] oder in Tarifverträgen.[22] So hat das BAG die tarifvertragliche Regelung in § 33 Abs. 1 a TVöD-V für wirksam erklärt, wonach das Arbeitsverhältnis ohne Kündigung endete, sobald der Beschäftigte das 65. Lebensjahr vollendet hatte.[23] Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass auch die zwangsweise Versetzung von Beamten auf Lebenszeit in den Ruhestand mit Erreichen des 65. Lebensjahrs mit der Richtlinie 2000/78/EG vereinbar ist.[24]

Allerdings ist – wie sich aus den Rosenbladt-Entscheid ergibt – zwischen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund von Arbeits- oder Tarifverträgen und durch einseitige Kündigungsmaßnahmen des Arbeitgebers zu unterscheiden.[25] So verweist der EuGH darauf, dass eine einseitige Kündigungsberechtigung des Arbeitgebers für den Fall, dass der Arbeitnehmer rentenberechtigt ist, mit den Grundsätzen der Altersdiskriminierung nicht zu vereinbaren wäre. Diesen Grund-

[17] so LAG Berlin-Brandenburg NZA-RR 2008, 17; Seiwerth ZESAR 2008, 319.

[18] vgl. Bayreuther NJW 2012, 2758; Preis NZA 2010, 1323; Maschmann EuZA 2011, 372.

[19] vgl. Franzen EuZA 2012, 301; vgl. ferner zu der noch nicht abschließend geklärten Frage, ob sich aus wirksamen Altersgrenzenregelungen unter bestimmten Voraussetzungen eine Weiterbeschäftigungsoption ergibt: Bayreuther a. a. O., Preis a. a. O.; Maschmann a. a. O.

[20] vgl. insbesondere auch zur Vertragsgestaltung bei Altersklauseln: Kamanabrou NZA 2006, Beilage 3, 140, 141.

[21] vgl. BAG vom 5. März 2013, 1 AZR 417/11; ferner Seiwerth ZESAR 2008, 319.

[22] vgl. BAG NZA 2011, 586.

[23] vgl. BAG NZA 2011, 586.

[24] vgl. EuGH vom 21. Juli 2011, Rs. C-159/10, 160/10 (Fuchs u. Köhler./. Land Hessen).

[25] vgl. Rosenbladt EuGH, Slg. 2010, I-9391 Rn. 49.

sätzen hat der deutsche Gesetzgeber durch das ausdrückliche Kündigungsverbot nach § 41 SGB VI Rechnung getragen. Danach darf der Anspruch des Versicherten auf eine Rente wegen Alters nicht als Grund angesehen werden, der die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber nach dem Kündigungsschutzgesetz bedingen kann.

8.4.2 Höchstaltersregelungen als Voraussetzung für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses

Auch werden Höchstaltersregelungen für die Einstellung als altersdiskriminierend thematisiert. So hat das BAG ein tarifvertraglich vereinbartes Höchstalter von 32 Jahren für die Einstellung von Piloten für unwirksam angesehen.[26] Die durch die Höchstaltersgrenze bewirkte Benachteiligung älterer Bewerber ist nicht durch § 10 Satz 1 Nr. 1 AGG gerechtfertigt. Nach Auffassung des BAG ist nicht erkennbar, dass durch ein Höchstalter für die Einstellung legitime Zwecke verfolgt werden. Der Hinweis, ältere Co-Piloten gefährden die Hierarchie im Cockpit, stellt nach Auffassung des BAG eine bloße Vermutung dar.[27] Dagegen war der EuGH bei einer Entscheidung über die Höchstaltersgrenze von 45 Jahren für die Einstellung in den mittleren feuerwehrtechnischen Dienst bei entsprechenden Nachweisen bereit, sog. belastungsspezifische Altersgrenzen anzuerkennen.[28]

8.4.3 Berufserfahrung statt Lebensalter als Eingruppierungsvoraussetzung

Schließlich ergeben sich aus dem Fall Hennigs u. Mai Konsequenzen für die Tarifvertragsparteien hinsichtlich künftiger Lohn- und Gehaltsgestaltung. Beide Verfahren kamen aus dem Bereich des öffentlichen Dienstrechts und waren Vorlageverfahren des BAG. Der EuGH hat die Staffelung der Grundvergütung nach Lebensaltersstufen gem. § 27 BAT als Diskriminierung wegen Alters angesehen und allein aus Vertrauensschutzgründen den Tarifvertragsparteien einen Übergangszeitraum eingeräumt. Damit war eine Überarbeitung der einschlägigen tarifvertraglichen Regelungen des Öffentlichen Dienstes unvermeidlich.[29] In der Entscheidung des EuGH ging es auch nur noch um die Übergangsregelungen des TVÜ-Bund bzw. der alten BAT-Regelungen. Die neuen Tarifverträge es Öffentlichen Dienstes sehen daher keinen Anstieg der Grundvergütung nach Lebensalter mehr vor. Innerhalb einer Entgeltgruppe bestimmt sich die Höhe des Entgelts nunmehr nach Erfahrungsstu-

---

[26] vgl. BAG NZA 2011, 751.

[27] vgl. BAG a. a. O.; ferner Schäfer NJW-Spezial 2013, 178.

[28] vgl. Wolf EuGH vom 12. Januar 2010, C-229/08; ferner Franzen EuZA 2010, 311.

[29] vgl. hierzu Linneweber ZESAR 2012,465; Spelge in Groeger, Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, 2. Auflage, S. 913.

fen bzw. bei den Tarifverträgen für Ärzte nach Zeiten ärztlicher Tätigkeit.[30] Der Stufenaufstieg in diesem neuen Entgeltsystem soll die gewonnene Berufserfahrung honorieren. Die §§ 16, 17 TVöD bzw. TV-L sehen vor, dass eine entsprechende einschlägige Berufserfahrung bei der Stufenzuordnung auch bei Neueinstellungen zu berücksichtigen ist.[31] Aber auch außerhalb des Öffentlichen Dienstes werden tarifvertragliche Regelungen, die eine Steigerung der Grundvergütung nach Lebensaltersstufen zum Inhalt haben, möglicherweise als altersdiskriminierend im Sinne der §§ 1, 7 AGG anzusehen sein. Zudem hat das BAG Staffelungen der Urlaubsdauer bezogen auf das Alter für unmittelbar diskriminierend angesehen.[32]

Hinsichtlich Regelungen über Altersgruppen in einem Sozialplan/Interessenausgleich geht das BAG von einer Rechtfertigung nach § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG aus.[33] In dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Sozialplan war eine Regelung enthalten, nach der Arbeitnehmer erst ab dem 40. Lebensjahr die gesamte Abfindung erhalten, vom 30. bis zum 39. Lebensjahr dagegen nur 90 % und bis zum 29. Lebensjahr nur 80 %. Da eine solche Altersgruppenregelung einen Ausgleich für die erhöhten wirtschaftlichen Nachteile älterer Arbeitnehmer in Folge des Arbeitsplatzverlustes schaffen will, sieht das BAG hierin ein legitimes Regelungsziel. Zudem verweist das BAG in diesem Zusammenhang auf den Beurteilungsspielraum der Betriebsparteien, der vorliegend nicht überschritten sei.[34]

Auf eine Vorlage des VG Berlin hat der EuGH zudem festgestellt, dass die Besoldungsbedingungen der Beamten in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG fallen. Dabei hat der EuGH auch darauf hingewiesen, dass Gehaltsstufen für Beamte, die sich innerhalb der jeweiligen Besoldungsgruppe bei der Einstellung nach seinem Lebensalter richten, mit der vorgenannten Richtlinie nicht vereinbar seien. Gleichwohl würden die daraus resultierenden Überleitungsmodalitäten in ein neues Besoldungssystem nicht gegen Richtlinie 2000/78/EG verstoßen. Dem Gesetzgeber verbleibe ein Übergangszeitraum, um die Diskriminierungsregelungen wegen Alters zu beseitigen.[35] Zudem weist der EuGH darauf hin, dass das Unionsrecht den diskriminierten Beamten rückwirkend keinen Anspruch auf Zahlung des Unterschiedsbetrages zwischen ihrer tatsächlichen Besoldung und der Besoldung nach der höchsten Stufe ihrer Besoldungsgruppe gewährt.[36]

[30] vgl. Spelge a. a. O. sowie ZTR 2011, 338.

[31] vgl. Spelge a. a. O.; Linneweber a. a. O.; ferner Dornbusch/Kasprzyk NZA 2009, 1000.

[32] vgl. BAG NJW 2012, 3465.

[33] vgl. BAG NZA 2011, 988; ferner Seiwerth ZESAR 2008, 319.

[34] vgl. BAG NZA 2011, 988; Seiwertt a. a. O.

[35] vgl. EuGH vom 19. Juni 2014, C-501/12, C-502/12, C-503/12, C-504/12, C-505/12, C-506/12, C-540/12, C541/12 (Specht u. a../. Land Berlin); ferner Linneweber ZESAR 2014, 460.

[36] vgl. EuGH a. a. O.; Linneweber a. a. O.

1. Primärrechtliche Kompetenznorm Art. 19 AEUV	Schaffung geeigneter Vorkehrungen, um Diskriminierungen zu bekämpfen.
2. Zweck (Art. 1)	Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen - Religion - Weltanschauung - Behinderung - Alters - sexueller Ausrichtung (aber nicht wegen des Geschlechts, hier Richtlinie 2006/54/EG)
3. Geltungsbereich (Art. 3)	- Bedingungen für den Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit - Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung, der Berufsbildung, der beruflichen Weiterbildung und der Umschulung - Beschäftigungsbedingungen einschließlich Entlassungsbedingungen und Arbeitsentgelte - Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberorganisation
4. Rechtfertigungsmöglichkeiten wegen beruflicher Anforderungen (Art. 4)	- wegen der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit - wegen der Bedingungen ihrer Ausübung, sofern es eine entscheidende berufliche Anforderung darstellt und es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt. - bei rechtmäßigen Zielen aus dem Bereich Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und beruflicher Bildung
5. Rechtfertigungsmöglichkeit einer Ungleichbehandlung wegen des Alters (Art. 6)	- bei einer objektiven und angemessenen Ungleichbehandlung - mit der ein legitimes Ziel, insbesondere in Bereichen der Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und der beruflichen Bildung, verfolgt wird
6. Positive und spezifische Maßnahmen (Art. 7)	Zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung in der Praxis können spezifische Maßnahmen zum Ausgleich von Benachteiligungen beibehalten oder beschlossen werden.
7. Beweislastregelungen (Art. 10)	Mitgliedsstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um effektiven Rechtsschutz bei Diskriminierungen zu gewährleisten.
8. Sanktionen (Art. 17)	- Sanktionen sind bei einem Verstoß gegen die Richtlinie zu verhängen, - Sanktionen können Schadenersatzleistungen an Opfer umfassen, - Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.

Abb. 8.1 Rahmen-Richtlinie 2000/78/EG für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf

9 Verbot der Diskriminierung in sonstigen Fällen, insbesondere wegen Behinderung, ethnischer Herkunft, Rasse und sexueller Ausrichtung

►
- Art. 10 AEUV, Art. 21 GRCh
- Richtlinie 2000/78/EG (Gleichbehandlungs-Rahmen-RL)[1] (siehe Abb. 8.1)
- Richtlinie 2000/43/EG (Rasse und Ethni)[2] (siehe Abb. 9.1)

Primärrechtlich sind Diskriminierungsverbote – wie in den vorangegangenen Kapiteln schon ausgeführt – in Art. 10 AEUV verankert. Nach dieser Vorschrift hat die Union Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion, der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen, Art. 10 AEUV. Auch die EU-Grundrechts-Charta enthält in Art. 21 GRCh einen entsprechenden Nichtdiskriminierungsgrundsatz, der zudem noch die Kriterien Hautfarbe, soziale Herkunft, genetische Merkmale, Sprache, politische oder sonstige Anschauung, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, Vermögen und Geburt enthält.[3] Keine Anwendung findet die Richtlinie auf Sozialversicherungs- und Sozialschutzsysteme.[4]

[1] ABl. Nr. L 303 S. 16.

[2] ABl. Nr. L 180 S. 22.

[3] vgl. Calliess/Ruffert, EUV/AEUV 4. Auflage, GRCh Art. 21; vgl. ferner zur Diskriminierung wegen „Vermögens“: LAG Düsseldorf NZA-RR 2012, 129; ferner zur Diskriminierung wegen Sprache: Hinrichs/Stütze NZA-RR 2011, 113.

[4] vgl. Erwägungsgrund 13.

P. Hantel, *Europäisches Arbeitsrecht,* Springer-Lehrbuch,
DOI 10.1007/978-3-662-46894-4_9

9.1 Die Antidiskriminierungs-Richtlinien 2000/78/EG und 2000/43/EG

Ergänzend dazu sieht die Gleichbehandlungs-Rahmenrichtlinie RL 2000/78/EG weitergehende Regelungen zur Verhinderung von Diskriminierungen vor.[5] Die im November 2000 verabschiedete Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf soll eine Benachteiligung von Arbeitnehmern durch Arbeitgeber wegen der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, der Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung verhindern. Die Richtlinie zielt nach Art. 1 allein auf eine Benachteiligung in Beschäftigung und Beruf und betrifft daher ausschließlich Arbeitsverhältnisse.

Ferner soll die Richtlinie 2000/43/EG eine entsprechende Benachteiligung wegen Rasse und Ethni verhindern, die offensichtlich als Reaktion auf den Eintritt der FPÖ und Jörg Haiders in die Regierung Österreichs verabschiedet wurde.[6] Es handelt sich hierbei um eine weitere Antidiskriminierungs-Richtlinie, die neben der Richtlinie 2000/78/EG zur Anwendung kommt.[7] Auch mit dieser Richtlinie werden Mindestanforderungen festgelegt, die jede unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft untersagt. Die Richtlinie 2000/43/EG ist entsprechend Art. 3 Abs. 1 nicht nur auf Benachteiligungen in Beschäftigung und Beruf beschränkt, sondern gilt auch für Sozialschutz, soziale Vergünstigungen und den Zugang zur Versorgung mit öffentlichen Gütern und Dienstleistungen, einschließlich Wohnraum. Als speziellere Richtlinie geht sie der Gleichbehandlungs-Rahmenrichtlinie vor. Die Gesetzgebungs-grundlage für beide Richtlinien ergibt sich aus Art. 19 AEUV. Danach kann unbeschadet der sonstigen Bestimmungen der Rat im Rahmen der durch den Vertrag auf die Union übertragenen Zuständigkeiten und mit Zustimmung des Europäischen Parlaments im besonderen Gesetzgebungsverfahren geeignete Vorkehrungen treffen, um Diskriminierungen aus den oben genannten Gründen zu bekämpfen.

9.2 Fehlende Legaldefinition der Diskriminierungsmerkmale

Weder Art. 10 AEUV noch die oben genannten Antidiskriminierungs-Richtlinien enthalten eine Legaldefinition der jeweiligen Diskriminierungsmerkmale. Tatsächlich ist z. B. eine Definition der Tatbestandsmerkmale Rasse oder ethnische Herkunft wegen der unklaren Begrifflichkeit schwierig.[8] Dies gilt umso mehr, als insbesondere die Existenz verschiedener menschlicher Rassen ohnehin umstritten ist und

[5] vgl. hierzu Thüsing NZA 2000, 570; 2001, 1061.

[6] vgl. Schiek AuR 2003, 44; Kraushaar in Nägele, EG-Arbeitsrecht in der deutschen Praxis, S. 85.

[7] vgl. Franzen EuZA 2014, 287; Thüsing NZA 2001, 1061; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 11 Rn. 1–3; Grünberger in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 3 Rn. 26.

[8] vgl. zur Diskriminierung wegen Religion und Weltanschauung, sexueller Identität und Rasse: Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 3 Rn. 53–63 sowie 74–87; Kraushaar in Nägele,

auch durch den Gesetzgeber und den EuGH keine eindeutige Abgrenzung erfolgt ist.[9] Üblicherweise werden mit Rasse und ethnischer Herkunft Menschengruppen unterschieden, die aufgrund genetischer Merkmale wie Hautfarbe oder aufgrund gemeinsamer historischer, sozialer und kultureller Wurzeln eine Einheit bilden.[10]

Eine Diskriminierung wegen Religion bezieht sich nicht nur auf die großen Glaubensrichtungen, sondern kann auch kleinere, zum Teil unbekannte religiöse Gruppen betreffen.[11] Eine genaue Abgrenzung einer religiösen Vereinigung von sonstigen Vereinigungen ist ebenfalls schwierig.[12] Entscheidend ist letztlich ein Glaube und ein Bekenntnis zur Stellung des Menschen in der Welt, seine Herkunft, sein Ziel und seine Beziehung zu höheren Mächten oder tieferen Seinsschichten.[13] Erforderlich ist daher die subjektive Gewissheit von einer überweltlichen, transzendentalen Macht, die in einer persönlichen oder unpersönlichen Gottheit bestehen kann.[14]

Da das Tatbestandsmerkmal Weltanschauung im Zusammenhang mit dem Religionsbegriff genannt wird, gehört hierzu auch nur der Glaube an bestimmte Aussagen zum Weltganzen sowie zur Herkunft und zum Ziel menschlichen Lebens und nicht politische oder sonstige Anschauungen.[15] Weltanschauung beinhaltet daher eine nicht religiöse Sinndeutung der Welt im Ganzen. Zu arbeitsrechtlichen Konflikten im Zusammenhang mit Religion und Weltanschauung kann es insbesondere im Zusammenhang mit Feiertagsregelungen, bestimmten Arbeitspflichten oder Bekleidungsvorschriften kommen.[16]

Das Diskriminierungsmerkmal sexuelle Ausrichtung ist von den bereits behandelten Diskriminierungen wegen des Geschlechts zu unterscheiden. Gemeint ist hiermit allein die Präferenz eines Menschen bei der Wahl seiner Sexual- oder Lebenspartner. Darunter fallen nach allgemeiner Ansicht die Hetero-, Homo- und

EG-Arbeitsrecht in der deutschen Praxis, S. 83 ff; Grünberger in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 3 Rn. 60.

[9] Üblicherweise erfolgt eine Begrifflichkeit über die Definition ethnische Herkunft, wonach Menschengruppen unterschieden werden, die kulturell, sozial, historisch und genetisch eine Einheit bilden; vgl. Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 10 Rn. 4 u. 5; Thüsing a. a. O. Rn. 55; ferner ArbG Stuttgart zum „Ossi-Fall“ NZA-RR 2010, 344, 345; In Erwägungsgrund 6 zur Richtlinie 2000/43/EG wird ausdrücklich betont, dass die Union Theorien, mit denen versucht wird, die Existenz verschiedener menschlicher Rassen zu belegen, zurückweist. Die Verwendung des Begriffs Rasse in dieser Richtlinie bedeutet nicht die Akzeptanz solcher Theorien.

[10] vgl. Grünberger in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 3 Rn. 62; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 3 Rn. 54, 55.

[11] vgl. Grünberger a. a. O. Rn. 80.

[12] vgl. hierzu u. a. Thüsing a. a. O. Rn. 77 zur First Church of Marihuana.

[13] vgl. hierzu BVerwGE 90, 115.

[14] vgl. v. Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 5. Auflage, Art. 4 Rn. 12; Jarass/Pieroth, GG, 12. Auflage, Art. 4 Rn. 8; Sodan, GG, 2. Auflage, Art. 4, Rn. 7,8; Stein/Frank, Staatsrecht, 21. Auflage, § 21 I; Wendeling-Schröder/Stein, Kommentar zum AGG, § 1, Rn. 29, 30.

[15] vgl. Grünberger a. a. O. Rn. 85; Thüsing a. a. O. Rn. 75; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 11 Rn. 13, 14.

[16] vgl. hierzu u. a. Thüsing a. a. O. Rn. 77, 78.

Bisexualität eines Menschen.[17] Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass der Unions-Gesetzgeber das Differenzierungskriterium sexuelle Ausrichtung und nicht sexuelles Verhalten gewählt hat. Sexuelles Verhalten kann daher, insbesondere wenn es in den Bereich der Belästigung geht, durchaus als zulässiger Differenzierungsgrund verwendet werden.[18]

Das Diskriminierungsmerkmal Behinderung ist dann erfüllt, wenn eine weniger günstige Behandlung erfolgt, weil der Betroffene aufgrund einer körperlichen, geistigen oder seelischen Schädigung beeinträchtigt ist. Allerdings bereiten auch hier Definition und Grenzziehung für das EU-Recht im Einzelnen erhebliche Schwierigkeiten, zumal die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten sehr unterschiedliche Definitionen des Begriffs Behinderung enthalten.[19] Der EuGH tendiert mittlerweile dazu, den Begriff der Behinderung völkerrechtskonform unter Heranziehung der sog. UN-Behindertenkonvention eher weit auszulegen[20] (vgl. unten 9.5).

9.3 Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Funktion von arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverboten

Der europäische Gesetzgeber sieht in den Diskriminierungsverboten eine allgemeine Maßnahme, um Grund- und Menschenrechte zu verwirklichen. Neben diesem Individualschutz sollen die Diskriminierungsverbote im Arbeitsrecht darüber hinaus ein hohes Beschäftigungsniveau und ein hohes Maß an sozialem Schutz zur Hebung des Lebensstandards und der Lebensqualität, zum wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhang und zur Solidarität und Freizügigkeit beitragen.[21] Aus diesem Grund verbietet die Gleichbehandlungs-Rahmenrichtlinie eine Benachteiligung wegen der oben genannten Kriterien in Beschäftigung und Beruf. In dieser Richtlinie werden Mindestanforderungen festgelegt, um jede unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aus den genannten Gründen zu untersagen. Den Mitgliedsstaaten steht es frei, günstigere Vorschriften einzuführen oder beizubehalten.

Nach Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG wird auch zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung unterschieden. Eine unmittelbare Diskriminierung liegt immer dann vor, wenn eine Person wegen eines der in Art. 1 genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger begünstigende Behandlung erfährt als eine andere Person erfahren hat oder erfahren würde. Von einer mittelbaren Diskriminierung geht die Richtlinie dann aus, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, einer bestimmten Behinderung, eines bestimmten Alters oder mit einer bestimmten sexuellen Ausrichtung gegenüber anderen Personen in besonderer

[17] vgl. Grünberger a. a. O. Rn. 86, 87; Thüsing a. a. O. Rn. 80–84; Riesenhuber a. a. O. Rn. 40–42.
[18] vgl. Riesenhuber a. a. O. Rn. 41.
[19] vgl. Riesenhuber a. a. O. Rn. 21; Grünberger a. a. O. Rn. 90.
[20] vgl. Grünberger a. a. O. Rn. 31, 92; Thüsing a. a. O. Rn. 65–68.
[21] vgl. Fastrich RDA 2000, 65 ff; Thüsing a. a. O.; Riesenhuber a. a. O.

Weise benachteiligen können. Eine vergleichbare Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung findet sich in Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2000/43/EG.

Nach Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie 2000/78/EG sowie der Richtlinie 2000/43/EG werden auch sog. Belästigungen als Diskriminierung angesehen. Eine Belästigung ist eine unerwünschte Verhaltensweise im Hinblick auf ein verbotenes Differenzierungsmerkmal gegenüber einer Person, wenn sie die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld (Hostile Environment) schafft.[22] Die Frage, ob es sich bei einer Belästigung, die die vorgenannten Voraussetzungen erfüllt, nicht eher um eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts und nicht so sehr um eine Ungleichbehandlung handelt, soll in diesem Zusammenhang nicht weiter erörtert werden.[23] Deutlich wird aber durch die Aufnahme des Belästigungs-Tatbestandes, dass es Sache des Arbeitgebers ist, ein Umfeld zu schaffen, das Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen ausschließt.[24]

9.4 Praktische Fallbeispiele

Sowohl in den Entscheidungen des EuGH als auch in der betrieblichen Praxis stellten sich im Zusammenhang mit dem Kriterium „Behinderung" zunehmend Fragen einer möglichen Benachteiligung wegen Krankheits- bzw. Arbeitsunfähigkeitszeiten.[25] Zudem war Streitgegenstand auch der Schutz von behinderten Familienangehörigen von Arbeitnehmern.[26] Sodann soll eine Entscheidung zu einer möglichen Benachteiligung wegen Rasse bzw. ethnischer Herkunft und den damit zusammenhängenden Beweislastfragen erläutert werden.[27] Schließlich werden zwei Entscheidungen im Zusammenhang mit Ungleichbehandlungen wegen sexueller Ausrichtung dargestellt, bei denen finanzielle Zusatzleistungen vom Bestehen einer gegengeschlechtlichen Ehe abhängig waren.[28]

[22] vgl. Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 8 Rn. 33–37; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 3 Rn. 115–120.

[23] vgl. hierzu Thüsing a. a. O. Rn. 117, 118.

[24] vgl. hierzu Grünberger in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 3 Rn. 176.

[25] vgl. Navas EuGH Slg. 2006, I-6467.

[26] vgl. Coleman EuGH Slg. 2008, I-5603.

[27] vgl. Meister EuGH NJW 2012, 2497; Feryn EuGH Slg. 2008, I-5187.

[28] vgl. Römer EuGH Slg. 2011, I-3591; Hay EuGH NZA 2014, 153.

9.4.1 Fall Navas EuGH Slg. 2006, I-6467[29]

Frau N arbeitete für das spanische Unternehmen Eurest, das sich auf Pflegedienste spezialisiert hatte. Seit Oktober 2003 war N krankgeschrieben. Nach einer Überprüfung durch die für die Behandlung von Arbeitnehmern zuständigen Stellen des spanischen öffentlichen Gesundheitsdienstes (vergleichbar mit dem deutsche MDK), war mit einer Wiederaufnahme ihrer Berufstätigkeit in absehbarer Zeit nicht zu rechnen. Nach über einem Jahr Krankheit kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis wegen der Erkrankung. Nach den einschlägigen spanischen arbeitsrechtlichen Regelungen der Art. 55 und 56 Estatuto de los Trabajadores wird zwischen einer rechtswidrigen und einer nichtigen Kündigung unterschieden. Bei einer nichtigen Kündigung kann der Arbeitnehmer die Fortsetzung der Tätigkeit verlangen, bei einer rechtswidrigen Kündigung besteht ein Abfindungsanspruch. Da N keine Entschädigung bzw. Abfindung akzeptierte und die Weiterbeschäftigung verlangte, ging es in dem Rechtsstreit allein darum, ob die Kündigung nach spanischem Arbeitsrecht nichtig sei.

Frau Navas ist der Auffassung, ihre Krankheit sei einer Behinderung gleichzustellen. Zwischen Krankheit und Behinderung bestehe ein ursächlicher Zusammenhang. Für die Definition des Begriffes „Behinderung" sei die International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF) (Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit) der Weltgesundheitsorganisation heranzuziehen. Danach sei „Behinderung" ein Oberbegriff, der Schädigungen, Beeinträchtigungen der Aktivität und Beeinträchtigungen der Teilhabe umfasse. Krankheit könne Schädigungen verursachen, die eine Behinderung des Einzelnen darstellten. Da Krankheit häufig zu einer irreversiblen Behinderung führen könne, müssten die Arbeitnehmer rechtzeitig auf der Grundlage des Verbotes der Diskriminierung wegen einer Behinderung geschützt werden. Die gegenteilige Auffassung könnte den vom Gesetzgeber angestrebten Schutz zunichtemachen, da so die Anwendung unkontrollierter diskriminierender Maßnahmen ermöglicht würde. In diesem Zusammenhang stellte der Juzgado de lo Social Madrid dem EuGH die Frage, ob eine Kündigung wegen Krankheit als Diskriminierung wegen Behinderung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG anzusehen sei.

Der EuGH führt aus, dass die Gleichbehandlungs-Richtlinie Diskriminierungen bestimmter Art in Beschäftigung und Beruf bekämpfen soll. In diesem Zusammenhang ist der Begriff „Behinderung" so zu verstehen, dass er eine Einschränkung erfasst, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen sei und die ein Hindernis für die Teilnahme des Betreffenden am Berufsleben bildet. Mit der Verwendung des Begriffs „Behinderung" in Art. 1 der Richtlinie wurde bewusst ein Wort gewählt, das sich von dem der „Krankheit" unterscheidet. Daher lassen sich die beiden Begriffe nicht schlicht und einfachen einander gleich setzen. Im Ergebnis führt der EuGH aus, dass eine Person, der ausschließlich wegen Krankheit gekündigt worden ist, nicht unter die Gleichbehand-

[29] siehe auch NJW 2006, 3626; NZA 2006, 839; EuZW 2006, 472.

lungsrichtlinie fällt und Krankheit nicht als weiterer Diskriminierungsgrund im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG angesehen werden kann.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Der Begriff „Behinderung“ ist in der Richtlinie 2000/78 selbst nicht definiert. Für die Bestimmung dieses Begriffes verweist die Richtlinie auch nicht auf das Recht der Mitgliedstaaten. (Rn. 39)
2. Aus den Erfordernissen der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts wie auch des Gleichheitsgrundsatzes ergibt sich jedoch, dass den Begriffen einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts, die für die Bestimmung ihres Sinnes und ihrer Tragweite nicht ausdrücklich auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist, normalerweise in der gesamten Gemeinschaft eine autonome und einheitliche Auslegung zu geben ist, die unter Berücksichtigung des Zusammenhangs der Vorschrift und des mit der betreffenden Regelung verfolgten Zieles zu ermitteln ist. (Rn. 40)
3. Die Richtlinie 2000/78 soll Diskriminierungen bestimmter Art in Beschäftigung und Beruf bekämpfen. In diesem Zusammenhang ist der Begriff „Behinderung“ so zu verstehen, dass er eine Einschränkung erfasst, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betreffenden am Berufsleben bildet. (Rn. 43)
4. Mit der Verwendung des Begriffes „Behinderung“ in Art. 1 dieser Richtlinie hat der Gesetzgeber jedoch bewusst ein Wort gewählt, das sich von dem der „Krankheit“ unterscheidet. Daher lassen sich die beiden Begriffe nicht schlicht und einfach einander gleichsetzen. (Rn. 44)
5. Die Richtlinie 2000/78 enthält keinen Hinweis darauf, dass Arbeitnehmer aufgrund des Verbotes der Diskriminierung wegen einer Behinderung in den Schutzbereich der Richtlinie fallen, sobald sich irgendeine Krankheit manifestiert. (Rn. 46)
6. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass eine Person, der von ihrem Arbeitgeber ausschließlich wegen Krankheit gekündigt worden ist, nicht von dem durch die Richtlinie 2000/78 zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen einer Behinderung geschaffenen allgemeinen Rahmen erfasst wird. (Rn. 47)

9.4.2 Fall Coleman EuGH Slg. 2008, I-5603[30]

Frau C arbeitete ab Januar 2001 als Anwaltssekretärin für einen Rechtsanwalt in London. Im Jahr 2002 gebar sie einen Sohn, der an apnoischen Anfällen und an angeborener Laryngomalazie und Bronchomalazie leidet. Der Zustand ihres Soh-

[30] siehe auch NJW 2008, 2763; NZA 2008, 932; EuZW 2008, 497.

nes erfordert eine spezialisierte und besondere Pflege. Die für ihn erforderliche Pflege wird im Wesentlichen von C geleistet. Als diese aus dem Mutterschaftsurlaub zurückkam, weigerte sich ihr ehemaliger Arbeitgeber, sie an ihren früheren Arbeitsplatz zurückkehren zu lassen. Er lehnte es auch ab, ihr die gleichen flexiblen Arbeitszeiten und die gleichen Arbeitsbedingungen zu gewähren wie ihren Kollegen. Grund hierfür sei der Umstand, dass C häufiger wegen Betreuung ihres behinderten Kindes bei der Arbeit fehlte. Darüber hinaus wurde C als faul bezeichnet, wenn sie frei nehmen wollte, um ihr Kind zu betreuen, während anderen Eltern nicht behinderter Kinder diese Möglichkeit gewährt wurde. Am 4. März 2005 stimmte C einer freiwilligen Entlassung („voluntary redundancy") zu, wodurch der Vertrag mit ihrem ehemaligen Arbeitgeber beendet wurde. Am 30. August 2005 reichte sie beim Employment Tribunal London South eine Klage ein, mit der sie vorbringt, wegen der Tatsache, dass sie Hauptbetreuerin eines behinderten Kindes sei, Opfer einer erzwungenen sozialwidrigen Kündigung („unfair constructive dismissal") gewesen zu sein und eine weniger günstige Behandlung als die anderen Arbeitnehmer erfahren zu haben. Durch diese Behandlung sei sie gezwungen gewesen, ihr Arbeitsverhältnis mit ihrem ehemaligen Arbeitgeber zu beenden. Obwohl der maßgebende Sachverhalt noch nicht vollständig ausermittelt war, legte das Employment Tribunal London South dem EuGH wegen eines Teils der Klage die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob sich C auf die nationalen Regelungen zur Umsetzung der Gleichbehandlungs-Rahmenrichtlinie 2000/78 stützten kann, um geltend zu machen, dass sie wegen einer Benachteiligung im Zusammenhang mit der Behinderung ihres Sohnes diskriminiert worden sei.

Der EuGH führt aus, dass das Diskriminierungsverbot in Richtlinie 2000/78 nicht auf Personen beschränkt sei, die selbst behindert sind. Erfährt ein Arbeitnehmer, der selbst nicht behindert ist, durch einen Arbeitgeber eine im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern weniger günstige Behandlung und weist er nach, dass diese Benachteiligung wegen der Behinderung eines Kindes erfolgt, für das er im Wesentlichen die Pflegeleistungen erbringt, so liege eine unmittelbare Diskriminierung nach Art. 2 Abs. 2 a Richtlinie 2000/78 vor.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Nach Art. 1 der Richtlinie 2000/78 ist deren Zweck die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf. Art. 2 Abs. 1 dieser Richtlinie definiert den Gleichbehandlungsgrundsatz dahin, dass es keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen eines der in Art. 1 genannten Gründe, somit einschließlich der Behinderung, geben darf. (Rn. 34, 35)
2. Gemäß Art. 2 Abs. 2 Buchst. a dieser Richtlinie liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person u. a. wegen einer Behinderung in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine

andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Gemäß Art. 3 Abs. 1 Buchst. c gilt die Richtlinie 2000/78 für alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen, in Bezug auf die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Entlassungsbedingungen und des Arbeitsentgelts. (Rn. 36, 37)

3. Somit ergibt sich aus diesen Bestimmungen der Richtlinie 2000/78 nicht, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz, den sie gewährleisten soll, auf Personen beschränkt ist, die selbst eine Behinderung im Sinne der Richtlinie haben. Ihr Zweck ist vielmehr, in Beschäftigung und Beruf jede Form der Diskriminierung aus Gründen einer Behinderung zu bekämpfen. Der für diesen Bereich in der Richtlinie 2000/78 verankerte Gleichbehandlungsgrundsatz gilt nicht für eine bestimmte Kategorie von Personen, sondern in Bezug auf die in ihrem Art. 1 genannten Gründe. Diese Auslegung wird durch den Wortlaut von Art. 13 EG (nunmehr Art. 19 AEUV) untermauert, der die Rechtsgrundlage der Richtlinie 2000/78 ist und in dem der Gemeinschaft die Zuständigkeit übertragen wird, geeignete Vorkehrungen zu treffen, um Diskriminierungen u. a. aus Gründen einer Behinderung zu bekämpfen. (Rn. 38)
4. Es würden diese Ziele und die praktische Wirksamkeit der Richtlinie gefährdet, wenn ein Arbeitnehmer in der Situation der Klägerin sich nicht auf das Verbot der unmittelbaren Diskriminierung in Art. 2 Abs. 2 Buchst. a dieser Richtlinie berufen könnte, wenn nachgewiesen wurde, dass er wegen der Behinderung seines Kindes in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfahren hat, als ein anderer Arbeitnehmer erfährt, erfahren hat oder erfahren würde, und zwar auch dann, wenn der Arbeitnehmer selbst nicht behindert ist. (Rn. 48)
5. Nach Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 ist es Sache von Frau C Tatsachen glaubhaft zu machen, die das Vorliegen einer nach dieser Richtlinie verbotenen unmittelbaren Diskriminierung wegen einer Behinderung vermuten lassen. Nach dieser Bestimmung der Richtlinie 2000/78 und dem 31. Erwägungsgrund ist eine Änderung der Regeln für die Beweislast geboten, wenn ein glaubhafter Anschein einer Diskriminierung besteht. Sollte Frau C Tatsachen glaubhaft machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren Diskriminierung vermuten ließen, würde die tatsächliche Umsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes somit verlangen, dass die Beweislast bei den Beklagten liegt, die beweisen müssten, dass dieser Grundsatz nicht verletzt worden ist. (Rn. 53, 54)
6. In diesem Zusammenhang könnte der beklagte Arbeitgeber das Vorliegen eines solchen Verstoßes bestreiten, indem er mit allen rechtlich vorgesehenen Mitteln beweist, dass die Behandlung des Arbeitnehmers durch objektive Faktoren gerechtfertigt ist, die mit einer Diskriminierung wegen einer Behinderung und der Beziehung dieses Arbeitnehmers zu einem Menschen mit Behinderung nichts zu tun haben. (Rn. 55)

9.4.3 Fall Meister EuGH NJW 2012, 2497[31]

Frau Meister wurde am 7. September 1961 geboren und ist russischer Herkunft. Sie ist Inhaberin eines russischen Diploms als Systemtechnik-Ingenieurin, dessen Gleichwertigkeit mit einem von einer Fachhochschule erteilten deutschen Diplom in Deutschland anerkannt wurde. Die Firma Speech Design veröffentlichte in der Presse eine Stellenanzeige für „eine/n erfahrene/n Softwareentwickler/-in", auf die sich Frau Meister am 5. Oktober 2006 bewarb. Mit Schreiben vom 11. Oktober 2006 lehnte Speech Design ihre Bewerbung ab, ohne sie zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Kurz danach erschien im Internet eine zweite Stellenanzeige von Speech Design, deren Inhalt dem der ersten Anzeige entsprach. Am 19. Oktober 2006 bewarb sich Frau Meister erneut um die Stelle, doch lehnte Speech Design ihre Bewerbung wiederum ab, ohne sie zu einem Gespräch einzuladen und ohne Gründe für diese Ablehnung anzugeben.

Frau Meister war der Ansicht, dass sie die Anforderungen für die betreffende Stelle erfülle und wegen ihres Geschlechts, ihres Alters und ihrer ethnischen Herkunft ungünstiger behandelt worden sei als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation. Sie erhob daher beim Arbeitsgericht Klage gegen Speech Design und beantragte, diese erstens zur Zahlung von Schadensersatz wegen Diskriminierung bei der Beschäftigung und zweitens zur Vorlage der Bewerbungsunterlagen des eingestellten Bewerbers zu verurteilen, um ihr den Nachweis zu ermöglichen, dass sie besser qualifiziert sei als Letzterer. Gegen das Urteil, mit dem ihre Klage in erster Instanz abgewiesen wurde, legte Frau Meister beim LAG Berufung ein, die ebenfalls erfolglos blieb. Nach der von Frau Meister eingelegten Revision legte das BAG dem EuGH die Frage vor, ob Frau Meister auf der Grundlage der Richtlinien 2000/43, 2000/78 und 2006/54 einen Auskunftsanspruch geltend machen kann und, wenn ja, welche Folgen eine Auskunftsverweigerung durch Speech Design haben würde.

Der EuGH führt zunächst aus, dass sich aus allen drei EU-Gleichbehandlungs-Richtlinien kein Auskunftsanspruch darüber ergebe, ob der Arbeitgeber am Ende des Einstellungsverfahrens einen anderen Bewerber eingestellt hat und aus welchen Gründen dies geschehen ist. Allerdings könne das Verhalten eines Arbeitgebers, der überhaupt keine Aussagen zur Qualifikation der Bewerberin macht und die Bewerbung innerhalb kürzester Zeit zurückweist und ein zweites Ausschreibungsverfahren durchführt, in die Gesamtbewertung der Tatsachen einfließen, aufgrund dessen die Bewerberin sich diskriminiert fühlt.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Art. 3 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2000/78 gilt für eine Person, die eine Beschäftigung sucht, und zwar auch in Bezug auf die Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen für diese Beschäftigung. (Rn. 33)

[31] siehe auch NZA 2012, 493; EuZW 2012, 462; DB 2012, 980.

2. Ferner sieht Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 vor, dass die Mitgliedstaaten im Einklang mit ihrem nationalen Gerichtswesen die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um zu gewährleisten, dass immer dann, wenn Personen, die sich durch die Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für verletzt halten und bei einem Gericht Tatsachen glaubhaft machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, es dem Beklagten obliegt zu beweisen, dass keine Verletzung dieses Grundsatzes vorgelegen hat. Die gleichen Grundsätze gelten für die beiden anderen EU-Gleichbehandlungs-Richtlinien entsprechend Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43 bzw. Art. 19 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54. (Rn. 34)
3. Es obliegt der Person, die sich durch die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für beschwert hält, zunächst Tatsachen glaubhaft zu machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen. Nur wenn diese Person solche Tatsachen glaubhaft macht, hat der Beklagte sodann nachzuweisen, dass keine Verletzung des Diskriminierungsverbots vorliegt. (Rn. 36)
4. Es ist sodann Sache des einzelstaatlichen Gerichts oder einer anderen zuständigen Stelle, die Tatsachen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, im Einklang mit den innerstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten zu bewerten. (Rn. 37)
5. Aus den oben genannten EU-Gleichbehandlungs-Richtlinien ergibt sich kein spezifischer Anspruch einer Person, die sich durch die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für beschwert hält, auf Einsichtnahme in Informationen oder Unterlagen, um sie in die Lage zu versetzen, „Tatsachen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen", gemäß dieser Bestimmung glaubhaft zu machen. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass eine Verweigerung von Informationen durch den Arbeitgeber im Rahmen des Nachweises solcher Tatsachen die Verwirklichung des mit dieser Richtlinie verfolgten Ziels beeinträchtigen und insbesondere der genannten Bestimmung ihre praktische Wirksamkeit nehmen kann. (Rn. 39)
6. Daher ist im Rahmen des Nachweises von Tatsachen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, sicherzustellen, dass eine Verweigerung von Informationen durch den Beklagten nicht die Verwirklichung der mit den Richtlinien 2000/43, 2000/78 und 2006/54 verfolgten Ziele zu beeinträchtigen droht. (Rn. 40)
7. Daher hat das vorlegende Gericht darüber zu wachen, dass die Auskunftsverweigerung eines Arbeitgebers im Rahmen des Nachweises von Tatsachen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung zum Nachteil von Frau Meister vermuten lassen, nicht die Verwirklichung der mit den Richtlinien 2000/43, 2000/78 und 2006/54 verfolgten Ziele zu beeinträchtigen droht. Es hat insbesondere bei der Klärung der Frage, ob es genügend Indizien gibt, um die Tatsachen, die das Vorliegen einer solchen Diskriminierung vermuten lassen, als nachgewiesen ansehen zu können, alle Umstände des Ausgangsrechtsstreits zu berücksichtigen. (Rn. 42)

8. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass nach dem 15. Erwägungsgrund der Richtlinien 2000/43 und 2000/78 sowie dem 30. Erwägungsgrund der Richtlinie 2006/54 nationale Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten der Mitgliedstaaten insbesondere vorsehen können, dass eine mittelbare Diskriminierung mit allen Mitteln, einschließlich statistischer Beweise, festzustellen ist. (Rn. 43)
9. Zu den Gesichtspunkten, die in Betracht gezogen werden können, gehört insbesondere der Umstand, dass der Arbeitgeber Frau Meister jeden Zugang zu den Informationen verweigert zu haben scheint, deren Übermittlung sie begehrt. Darüber hinaus können auch die Tatsache herangezogen werden, dass der Arbeitgeber nicht bestreitet, dass die Qualifikation von Frau Meister den Anforderungen in der Stellenanzeige entspricht, sowie die beiden Umstände, dass der Arbeitgeber sie gleichwohl nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen hat und dass sie auch im Rahmen des neuen Verfahrens zur Auswahl unter den Bewerbern um die Besetzung der betreffenden Stelle nicht eingeladen wurde. (Rn. 44, 45)
10. Nach alledem hat ein Arbeitnehmer, der schlüssig darlegt, dass er die in einer Stellenausschreibung genannten Voraussetzungen erfüllt, und dessen Bewerbung nicht berücksichtigt wurde, keinen Anspruch auf Auskunft darüber, ob der Arbeitgeber am Ende des Einstellungsverfahrens einen anderen Bewerber eingestellt hat. (Rn. 46)
11. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass die Verweigerung jedes Zugangs zu Informationen durch den Arbeitgeber ein Gesichtspunkt sein kann, der im Rahmen des Nachweises von Tatsachen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, heranzuziehen ist. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, unter Berücksichtigung aller Umstände des bei ihm anhängigen Rechtsstreits zu prüfen, ob dies im Ausgangsverfahren der Fall ist. (Rn. 47)

9.4.4 Fall Feryn EuGH Slg. 2008, I-5187[32]

Ein belgisches Centrum gegen Rassendiskriminierung, das als eine nach Art. 13 der Richtlinie 2000/43 bezeichnete Stelle zur Förderung der Gleichbehandlung anerkannt ist, beantragte vor dem Arbeitsgericht Brüssel festzustellen, dass die Firma Feryn NV, ein auf Verkauf und Einbau von Schwing- und Sektionaltoren spezialisiertes Unternehmen, eine diskriminierende Einstellungspolitik betreibe. Das Centrum stützt sich auf die öffentliche Äußerung des Direktors dieses Unternehmens, wonach sein Betrieb grundsätzlich Monteure einstellen wolle, aber keine Menschen fremder Herkunft beschäftigen könne, da die Kunden Bedenken hätten, ihnen für die Dauer der Arbeiten Zugang zu ihren Privatwohnungen zu gewähren. Nach Abweisung der Klage durch das Arbeitsgericht legte der Arbeidshof te Brussel (Arbeitsgerichtshof Brüssel) im Rahmen des Berufungsverfahrens dem EuGH

[32] siehe auch NJW 2008, 2767; NZA 2008, 929; EuZW 2008, 500.

die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob eine unmittelbare Diskriminierung im Sinne von Art. 2 Abs. 2 a der Richtlinie 2000/43 vorliege, wenn ein Arbeitgeber, nachdem er Angebote für eine Arbeit ausgeschrieben hat, öffentlich sinngemäß erklärt, er müsse sich nach Forderungen seiner Kunden richten und könne daher keine Menschen fremder Herkunft zur Montage vor Ort schicken. Die Kunden würden ihm dann mitteilen, „ich brauche diese Tür nicht unbedingt von Ihnen" und werden Konkurrenten beauftragen.

Der EuGH führt aus, dass öffentliche Äußerungen eines Arbeitgebers, er werde keine Arbeitnehmer einer bestimmten ethnischen Herkunft oder Rasse einstellen, eine unmittelbare Diskriminierung bei der Einstellung im Sinne von Art. 2 Abs. 2 a Richtlinie 2000/43 darstelle. Dabei reichen entsprechende öffentliche Äußerungen durch einen Arbeitgeber aus, um die Vermutung im Sinne von Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie zu begründen. Es sei dann Aufgabe des Arbeitgebers zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen habe.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Zunächst kann aus dem Fehlen einer identifizierbaren beschwerten Person nicht auf das Fehlen einer unmittelbaren Diskriminierung im Sinne der Richtlinie 2000/43 geschlossen werden. Ziel dieser Richtlinie ist nämlich laut ihrem achten Erwägungsgrund, „günstigere Bedingungen für die Entstehung eines Arbeitsmarkts zu schaffen, der die soziale Integration fördert". Zu diesem Zweck bestimmt Art. 3 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie, dass sie sich insbesondere auf die Auswahlkriterien und die Einstellungsbedingungen bezieht. (Rn. 23)
2. Das Ziel, günstigere Bedingungen für die Entstehung eines Arbeitsmarkts zu schaffen, der die soziale Integration fördert, würde schwerlich erreicht, wenn der Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/43 nur auf diejenigen Fälle beschränkt wäre, in denen ein Bewerber um eine Stelle, der erfolglos geblieben ist und sich als Opfer einer unmittelbaren Diskriminierung sieht, gerichtliche Schritte gegen den Arbeitgeber eingeleitet hätte. (Rn. 24)
3. Die öffentliche Äußerung eines Arbeitgebers, er werde keine Arbeitnehmer einer bestimmten ethnischen Herkunft oder Rasse einstellen, die offenkundig bestimmte Bewerber ernsthaft davon abhalten kann, ihre Bewerbungen einzureichen, und damit ihren Zugang zum Arbeitsmarkt behindert, begründet eine unmittelbare Diskriminierung bei der Einstellung im Sinne der Richtlinie 2000/43. Eine solche Diskriminierung setzt nicht voraus, dass eine beschwerte Person, die behauptet, Opfer einer derartigen Diskriminierung geworden zu sein, identifizierbar ist. Für eine Diskriminierung ist ausreichend, dass solche Äußerungen bestimmte Bewerber ernsthaft davon abhalten können, ihre Bewerbungen einzureichen, und damit ihren Zugang zum Arbeitsmarkt behindern. (Rn. 25, 28)
4. Nach Art. 8 der Richtlinie 2000/43 obliegt dem Beklagten der Beweis, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen habe, wenn Tatsachen das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminie-

rung vermuten lassen. Die Verpflichtung zur Führung des Gegenbeweises, die somit denjenigen trifft, dem die Diskriminierung angelastet wird, hängt nur von der Feststellung ab, dass aufgrund glaubhafter Tatsachen das Vorliegen einer Diskriminierung zu vermuten ist. (Rn. 30)

5. Solche Tatsachen, die geeignet sind, eine diskriminierende Einstellungspolitik vermuten zu lassen, können Äußerungen sein, durch die ein Arbeitgeber öffentlich kundtut, dass er im Rahmen seiner Einstellungspolitik keine Arbeitnehmer einer bestimmten ethnischen Herkunft oder Rasse beschäftigen werde. Es obliegt daher diesem Arbeitgeber, den Beweis zu erbringen, dass er den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt hat, was er u. a. dadurch tun kann, dass er nachweist, dass die tatsächliche Einstellungspraxis des Unternehmens diesen Äußerungen nicht entspricht. (Rn. 31, 32)
6. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zum einen zu prüfen, ob die diesem Arbeitgeber vorgeworfenen Tatsachen glaubhaft sind, und zum anderen zu beurteilen, ob die Beweise, die er zur Stützung seines Vorbringens, dass er den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt habe, ausreichend sind. (Rn. 33)
7. Art. 15 der Richtlinie 2000/43 überträgt den Mitgliedstaaten die Aufgabe, die Sanktionen festzulegen, die bei einem Verstoß gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Anwendung dieser Richtlinie zu verhängen sind. Nach diesem Artikel müssen die Sanktionen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein und können Schadensersatzleistungen an die Opfer umfassen. Die Richtlinie 2000/43 verpflichtet jedoch nicht zu bestimmten Sanktionen, sondern belässt den Mitgliedstaaten die Freiheit der Wahl unter den verschiedenen Lösungen, die zur Verwirklichung des Ziels, das sie festlegt, geeignet sind. (Rn. 36, 37)

9.4.5 Fall Römer EuGH Slg. 2011, I-3591[33]

Die Parteien des Ausgangsverfahrens streiten über die Höhe der Versorgungsbezüge, die dem Kläger, Herrn Römer, für die Zeit ab November 2001 zustehen. Römer war seit 1950 bis zum Eintritt seiner Erwerbsunfähigkeit am 31. Mai 1990 bei der Freien und Hansestadt Hamburg als Verwaltungsangestellter beschäftigt. Seit 1969 lebt er ohne Unterbrechung mit Herrn U. zusammen. Am 15. Oktober 2001 begründeten der Kläger des Ausgangsverfahrens und sein Partner miteinander eine eingetragene Lebenspartnerschaft gemäß dem LPartG. Römer teilte dies seinem ehemaligen Arbeitgeber mit und beantragte die Neuberechnung seiner Zusatzversorgungsbezüge unter Zugrundelegung des günstigeren Lohnsteuerabzugs nach Steuerklasse III/0. Mit Schreiben vom 10. Dezember 2001 teilte die Freie und Hansestadt Hamburg mit, dass sie keine Neuberechnung seiner Bezüge vornehmen werde, da nach dem Hamburger Ruhegeldgesetz nur nicht dauernd getrennt lebende verheiratete Versorgungsempfänger Anspruch auf Neuberechnung und entsprechende Leistun-

[33] siehe auch NJW 2011, 2187; NZA 2011, 557; EuZW 2011, 432.

gen hätten. Römer ist der Ansicht, dass sich sein Anspruch auf Gleichbehandlung mit verheirateten Versorgungsempfängern aus der Richtlinie 2000/78 ergebe.

Die Freie und Hansestadt Hamburg macht geltend, der im Ruhegeldgesetz enthaltene Begriff „verheiratet" sei nicht in dem von Römer vertretenen Sinn auslegungsfähig. Sie beruft sich im Wesentlichen darauf, dass gemäß Art. 6 Abs. 1 GG Ehe und Familie unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung stünden. Zudem handele es sich um Leistungen staatlicher Sozialversicherungssysteme nach Art. 3 Abs. 3 RL 2000/78/EG, die von der Richtlinie ausgenommen seien. Schließlich bleiben nach Erwägungsgrund 22 der Richtlinie einzelstaatliche Rechtsvorschriften über den Familienstand und davon abhängige Leistungen von der Richtlinie unberührt. Nachdem Römer Klage vor dem Arbeitsgericht Hamburg erhoben hat, legte dieses dem EuGH zur Vorabentscheidung die Frage vor, ob es sich bei der im Hamburger Ruhegeldgesetz geregelten Privilegierung verheirateter Versorgungsempfänger um eine Begünstigung im Sinne des Erwägungsgrundes 22 der Richtlinie 2000/78/EG handele oder ob eine Ungleichbehandlung im Sinne der Richtlinie vorlag.

Der EuGH sah in der Ablehnung der Ansprüche eine Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Orientierung und somit einen Verstoß gegen die Richtlinie 2000/78/EG. Der Kläger befinde sich als eingetragener Lebenspartner in einer vergleichbaren Lage wie andere Personen, die eine Ehe eingegangen seien. Der Erwägungsgrund 22 der Richtlinie, wonach die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über den Familienstand und davon abhängige Leistungen unberührt bleiben, könne bei Entgeltleistungen den Anspruch auf Gleichbehandlung nicht verdrängen. Zudem handele es sich auch nicht um Ansprüche aus Sozialversicherungssystemen, die nach Art. 3 Abs. 3 Richtlinie 2000/78/EG ausgenommen seien.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Zunächst ist festzustellen, dass sich der Geltungsbereich der Richtlinie 2000/78 im Licht ihres Art. 3 Abs. 3 in Verbindung mit dem 13. Erwägungsgrund nicht auf die Sozialversicherungs- und Sozialschutzsysteme erstreckt, deren Leistungen nicht einem Arbeitsentgelt im Sinne von Art. 157 AEUV gleichgestellt werden. (Rn. 32, 33)
2. Allerdings handelt es sich bei den Zusatzversorgungsbezügen, die ehemaligen Angestellten und Arbeitern der Freien und Hansestadt Hamburg gewährt werden, um Arbeitsentgelt, das nicht unter den Ausschlusstatbestand des Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2000/78 fällt. (Rn. 36)
3. Auch der 22. Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/78, wonach diese Richtlinie die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über den Familienstand und davon abhängige Leistungen unberührt lässt, kann den Anwendungsbereich der Richtlinie nicht ausschließen, da es sich im vorliegenden Fall bei den Zusatzversorgungsbezügen um Entgelt im Sinne des Art. 157 AEUV handelt. (Rn. 34, 35)
4. Nach Art. 2 dieser Richtlinie bedeutet Gleichbehandlungsgrundsatz, dass es keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen eines der in Art. 1

der Richtlinie genannten Gründe geben darf. Nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2000/78 liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person wegen eines der in Art. 1 dieser Richtlinie genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person. Folglich setzt das Vorliegen einer unmittelbaren Diskriminierung im Sinne dieser Richtlinie erstens voraus, dass die gegeneinander abzuwägenden Situationen vergleichbar sind. (Rn. 39, 40, 41)

5. Hierzu ist festzustellen, dass zum einen die Situationen nicht identisch, sondern nur vergleichbar sein müssen, und zum anderen die Prüfung dieser Vergleichbarkeit nicht allgemein und abstrakt sein darf, sondern spezifisch und konkret für die betreffende Leistung erfolgen muss. Daher ist der Vergleich der Situationen auf eine Analyse zu stützen, die sich auf die Rechte und Pflichten verheirateter Personen und eingetragener Lebenspartner, wie sie sich aus den anwendbaren innerstaatlichen Bestimmungen ergeben, konzentriert. Der Vergleich darf nicht in der Prüfung bestehen, ob die eingetragene Lebenspartnerschaft der Ehe im nationalen Recht allgemein und umfassend rechtlich gleichgestellt ist. (Rn. 42, 43)
6. Deutschland hat seit 2001 seine Rechtsordnung im LPartG angepasst, um Personen gleichen Geschlechts zu ermöglichen, in einer formal auf Lebenszeit begründeten Fürsorge- und Einstandsgemeinschaft zu leben. Da sich dieser Mitgliedstaat entschieden hat, diesen Personen nicht die Möglichkeit der Eheschließung zu eröffnen, die Personen verschiedenen Geschlechts vorbehalten bleibt, hat er für Personen gleichen Geschlechts ein anderes Institut, die eingetragene Lebenspartnerschaft, geschaffen, dessen Regelungen schrittweise denen der Ehe angeglichen worden sind. (Rn. 44)
7. Eine Änderung des LPartG hat zudem die für die Lebenspartnerschaft geschaffenen Regelungen den für die Ehe geltenden schrittweise angenähert. Es besteht kein ins Gewicht fallender rechtlicher Unterschied mehr zwischen den Personenständen, wie sie in der deutschen Rechtsordnung konzipiert seien. Der verbleibende Unterschied liegt im Wesentlichen darin, dass die Ehe die Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner, die eingetragene Lebenspartnerschaft deren Gleichgeschlechtlichkeit voraussetze. (Rn. 45)
8. Darüber hinaus sind die Rechtsfolgen der Lebenspartnerschaft in einigen konkreten Punkten wie z. B. beim Recht auf eine Hinterbliebenenrente noch stärker an die der Ehe angeglichen worden. Allerdings sah das LPartG bereits in der Ursprungsfassung vor, dass die Lebenspartner einander zur Fürsorge und Unterstützung sowie dazu verpflichtet sind, durch ihre Arbeit und mit ihrem Vermögen die partnerschaftliche Lebensgemeinschaft angemessen zu unterhalten, wie dies auch bei Ehegatten während des Zusammenlebens der Fall ist. Damit obliegen solche Pflichten seit Inkrafttreten des LPartG Lebenspartnern ebenso wie verheirateten Ehepartnern. (Rn. 47, 48)
9. Damit stellt eine nationale Bestimmung – wie das Hamburger Ruhegeldgesetz –, aufgrund derer ein in einer Lebenspartnerschaft lebender Versorgungsempfänger Zusatzversorgungsbezüge in geringerer Höhe erhält als ein verheirateter Versorgungsempfänger, eine Verletzung von Art. 1, 2 der Richtlinie 2000/78/EG dar. (Rn. 52)

10. Voraussetzung hierfür ist, dass in dem betreffenden Mitgliedstaat die Ehe Personen unterschiedlichen Geschlechts vorbehalten ist und daneben die Lebenspartnerschaft wie die nach dem LPartG, Personen gleichen Geschlechts vorbehalten ist. Die unmittelbare Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung liegt darin, dass sich der genannte Lebenspartner im nationalen Recht hinsichtlich dieser Bezüge in einer rechtlichen und tatsächlichen Situation befindet, die mit der einer verheirateten Person vergleichbar ist. (Rn. 52)

9.4.6 Fall Hay EuGH NZA 2014, 153

Herr Hay ist seit 1998 beim Crédit agricole beschäftigt. Am 11. Juli 2007 schloss er einen PACS (eine nach französischem Recht homo- oder heterosexuelle Lebenspartnerschaft) mit einer Person gleichen Geschlechts. Aus diesem Anlass beantragte er die Bewilligung der Sonderurlaubstage und der Eheschließungsprämie, die den Arbeitnehmern im Fall der Eheschließung nach der Convention collective nationale du Crédit agricole gewährt werden. Der Crédit agricole verweigerte ihm diese Vergünstigungen jedoch mit der Begründung, dass diese nach Tarifvertrag nur im Fall der Eheschließung gewährt würden. Herr Hay erhob daraufhin beim Conseil de prud'hommes de Saintes (Arbeitsgericht Saintes) Klage mit dem Antrag, die Eheschließungsprämie in Höhe von 2637,85 € und eine Entschädigung in Höhe von 879,29 € für die ihm nicht gewährten Sonderurlaubstage an ihn zu zahlen. Mit Urteil vom 13. Oktober 2008 wies der Conseil de prud'hommes de Saintes diese Klage ab, da die Eheschließungsprämie nicht an die Beschäftigung, sondern an den Personenstand geknüpft sei und der Code civil zwischen der Ehe und dem PACS unterscheide. Auf die Berufung von Hay setzte der Cour de cassation das Verfahren aus und legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob Richtlinie 2000/78 dahin auszulegen sei, dass die Entscheidung des nationalen Gesetzgebers, das Eingehen einer Ehe Personen unterschiedlichen Geschlechts vorzubehalten, ein rechtmäßiges, angemessenes und erforderliches Ziel darstellen kann, das die mittelbare Diskriminierung rechtfertigt, die sich daraus ergibt, dass ein Tarifvertrag eine Vergünstigung in Bezug auf Arbeitsentgelt und Arbeitsbedingungen den eine Ehe schließenden Mitarbeitern vorbehält.

Der EuGH hielt die Ablehnung der geltend gemachten Ansprüche für eine unmittelbare Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Ausrichtung, weil der zivile Solidaritätspakt PACS mit der Ehe im Hinblick auf die Prämie vergleichbar sei. Die unmittelbare Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Orientierung ergibt sich daraus, dass homosexuelle Arbeitnehmer die notwendigen Voraussetzungen der geltend gemachten Prämie nicht erfüllen können, weil die Ehe Personen unterschiedlichen Geschlechts vorbehalten sei.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass, wie aus dem 22. Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/78 hervorgeht, Rechtsvorschriften über den Familienstand in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen. (Rn. 26)
2. Indes ist Zweck der Richtlinie 2000/78/EG die Bekämpfung bestimmter Formen von Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf, darunter Diskriminierungen wegen der sexuellen Ausrichtung, um den Grundsatz der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten zu verwirklichen. Diese Grundsätze sind auch von den Sozialpartnern beim Abschluss von Tarifverträgen zu beachten. (Rn. 26, 27)
3. Indem die Art. 20 und 34 des Tarifvertrages (Convention collective nationale du Crédit Agricole) vorsehen, dass Arbeitnehmern des Unternehmens aus Anlass der Eheschließung bezahlter Urlaub und eine Eheschließungsprämie gewährt werden, legen sie Regeln in Bezug auf die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere das Arbeitsentgelt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 2000/78 fest. Der Begriff „Arbeitsentgelt" im Sinne dieser Vorschrift ist – wie der im Sinne von Art. 157 AEUV – nämlich weit auszulegen und umfasst alle Leistungen, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer wenigstens mittelbar aufgrund des Arbeitsverhältnisses gewährt. (Rn. 28)
4. Nach Art. 2 dieser Richtlinie bedeutet „Gleichbehandlungsgrundsatz", dass es keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen eines der in ihrem Art. 1 genannten Gründe geben darf. Eine unmittelbare Diskriminierung liegt nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2000/78 vor, wenn eine Person wegen eines der in Art. 1 dieser Richtlinie genannten Gründe, zu denen die sexuelle Ausrichtung gehört, eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person, die sich in einer vergleichbaren Situation befindet. (Rn. 30, 31)
5. Folglich setzt das Vorliegen einer solchen Diskriminierung voraus, dass die gegeneinander abzuwägenden Situationen vergleichbar sind. Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass zum einen die Situationen nicht identisch, sondern nur vergleichbar sein müssen, und zum anderen die Prüfung dieser Vergleichbarkeit nicht allgemein und abstrakt sein darf, sondern spezifisch und konkret für die betreffende Leistung erfolgen muss. (Rn. 32, 33)
6. In Bezug auf den bezahlten Urlaub und die Prämie, die Arbeitnehmern aus Anlass der Eheschließung gewährt werden, ist zu prüfen, ob die Situation von Personen, die eine Ehe schließen, und die von Personen, die einen PACS eingehen, weil sie nicht die Möglichkeit haben, mit einer Person gleichen Geschlechts eine Ehe zu schließen, vergleichbar sind. (Rn. 35)
7. In Bezug auf Vergünstigungen im Hinblick auf das Arbeitsentgelt oder die Arbeitsbedingungen wie Sonderurlaubstage und eine Prämie, befinden sich Personen gleichen Geschlechts, die, weil sie keine Ehe eingehen können, einen PACS schließen, in einer Situation, die mit der von Paaren, die eine Ehe schließen, vergleichbar ist. (Rn. 37)

8. Ferner sind die Unterschiede zwischen der Ehe und dem PACS hinsichtlich der Art der Beendigung oder der gegenseitigen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Vermögensrechts, des Erbrechts und des Kindschaftsrechts unerheblich für die Beurteilung, ob ein Arbeitnehmer Anspruch auf Vergünstigungen in Bezug auf das Entgelt oder die Arbeitsbedingungen hat. (Rn. 39)
9. Die Regelung eines Mitgliedstaats, die nur verheirateten Arbeitnehmern einen Anspruch auf Vergünstigungen in Bezug auf das Entgelt oder die Arbeitsbedingungen einräumt, während die Schließung einer Ehe in diesem Mitgliedstaat rechtlich nur zwischen Personen unterschiedlichen Geschlechts möglich ist, begründet eine unmittelbare, auf der sexuellen Ausrichtung beruhende Diskriminierung von homosexuellen Arbeitnehmern, die einen PACS geschlossen haben und sich in einer vergleichbaren Situation befinden. (Rn. 41)
10. Dass der PACS im Unterschied zur eingetragenen Lebenspartnerschaft nicht nur homosexuellen Paaren vorbehalten ist, ist unerheblich und ändert insbesondere nichts am Wesen der Diskriminierung dieser Paare, denen – anders als heterosexuellen Paaren – die Schließung einer Ehe rechtlich nicht möglich war. (Rn. 43)

9.5 Auswirkung auf die deutsche Rechtsordnung und die arbeitsrechtliche Praxis

Aus den vorgenannten Entscheidungen wird deutlich, dass der EuGH im Interesse der bereits im Anfangskapitel erörterten Wirksamkeit des EU-Rechts zu einer weiten Auslegung der Diskriminierungstatbestände neigt.

9.5.1 Weite Auslegung des Begriffs Behinderung im europäischen und deutschen Arbeitsrecht

Zwar hat der EuGH in der Navas-Entscheidung festgestellt, dass für eine erweiternde Auslegung der auf Art. 19 AEUV basierenden Richtlinie kein Raum bestehe[34]. In der Coleman-Entscheidung hat der EuGH dann aber mit nachvollziehbaren Argumenten den Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots nicht auf behinderte Arbeitnehmer beschränkt und entschieden, dass die Gleichbehandlungs-Rahmenrichtlinie 2000/78/EG nicht nur die behinderte Person schütze, sondern eine Benachteiligung wegen einer Behinderung schlechthin verbiete. Daher können sich auch nichtbehinderte Arbeitnehmer auf die Richtlinie berufen, wenn sie behinder-

[34] vgl. zur Diskriminierung wegen „Vermögens“: LAG Düsseldorf NZA-RR 2012, 129; ferner zur Diskriminierung wegen Sprache: Hinrichs/Stütze NZA-RR 2011, 113; Grünberger in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 3 Rn. 66.

te Angehörige pflegen und betreuen.[35] In einer Entscheidung vom 18. Dezember 2014[36] hat der EuGH entschieden, dass Adipositas (Fettleibigkeit) eine Behinderung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG darstellen kann. Zwar gebe es nach Auffassung des EuGH keinen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts, der Diskriminierungen wegen Adipositas verbiete, allerdings falle Adipositas unter den Begriff der Behinderung, wenn sie unter bestimmten Bedingungen den Betreffenden an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit anderen Arbeitnehmern, hindere.[37] Auch wird in den dargestellten Entscheidungen wieder deutlich, dass der EuGH das Diskriminierungskriterium Behinderung allein nach unionsrechtlichen Grundsätzen auslegt. Die Begrifflichkeiten der jeweiligen Mitgliedsstaaten sind daher für die Auslegung des vorgenannten Tatbestandsmerkmals ohne Bedeutung.[38]

Auch in Deutschland neigt die Rechtsprechung zu einer eher weiten Auslegung des Tatbestandsmerkmals Behinderung in den §§ 1, 3 AGG. So hat das BAG festgestellt, dass eine symptomlose HIV-Infektion eine Behinderung im Sinne des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) zur Folge hat.[39] Als Gründe hierfür werden das gegenwärtige, auf eine solche Infektion zurückzuführende soziale Vermeidungsverhalten sowie die darauf beruhende Stigmatisierung angesehen. Bereits zuvor hat das BAG die Richtlinie 2000/78/EG auf den Fall einer Arbeitnehmerin angewandt, bei der wegen einer bestehenden Neurodermitis ein Grad der Behinderung von 40 festgestellt wurde. Da ein Antrag auf Gleichstellung mit schwerbehinderten Menschen nicht gestellt wurde, gelangte die Arbeitnehmerin nicht in den Behindertenschutz von § 81 Abs. 2 SGB IX, der einen Grad der Behinderung von mindestens 50 voraussetzt. Gleichwohl hat das BAG im Zusammenhang mit einer abgelehnten Bewerbung vom beklagten Land eine Begründung für die Ablehnung entsprechend der Vorgaben von § 81 Abs. 1 SGB IX verlangt.[40] Damit wird deutlich, dass die Frage, wann eine Krankheit als Behinderung angesehen werden kann, nach wie vor offen ist. Es kann aber bereits jetzt festgestellt werden, dass die im Recht der Mitgliedsstaaten häufig vorgesehene verwaltungsrechtliche Feststellung einer Behinderung, etwa in Deutschland nach den §§ 69, 2 SGB IX, keine konstitutive Voraussetzung für die Behinderteneigenschaft im Sinne von §§ 1, 3 AGG bzw. Art. 1 Richtlinie 2008/78/EG mehr darstellt.

[35] vgl. hierzu auch Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 3 Rn. 69.

[36] vgl. EuGH vom 18. Dezember 2014, C-354/13.

[37] vgl. EuGH a. a. O.; In dem Fall ging es konkret um die Kündigung eines Tagesvaters, der 15 Jahre lang in einer dänischen Gemeinde Kinder betreut hat. Nach Auffassung des Klägers erfolgte die Kündigung nicht nur wegen sinkender Kinderzahlen, sondern auch wegen seiner Adipositas und der damit verbundenen vermeintlichen negativen Vorbildwirkung für die Kinder.

[38] vgl. Navas EuGH Slg. 2006, I-6467 (Rn. 39).

[39] vgl. BAG vom 19. Dezember 2013, 6 AZR 190/12 (lexetius.com/2013, 5607); Aus den vorgenannten Gründen hat das BAG eine ordentliche Kündigung während der Probezeit für unwirksam nach § 134 BGB i. V. m. § 7 Abs. 1, § 1 Abs. 3 AGG angesehen.

[40] vgl. BAGE 122, 54; ferner Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 3 Rn. 72, 73.

9.5.2 Keine Ungleichbehandlung zwischen gegengeschlechtlicher Ehe und gleichgeschlechtlicher Partnerschaft im Entgeltbereich

Spätestens seit den EuGH-Entscheidungen Römer und Hay dürfte feststehen, dass zusätzliche Leistungen aus einem Arbeitsverhältnis, die danach unterscheiden, ob eine gegengeschlechtliche Ehe oder eine gleichgeschlechtliche Partnerschaft geschlossen wurde, unionsrechtlich eine Ungleichbehandlung wegen sexueller Ausrichtung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG und Art. 10 AEUV bzw. Art. 21 GRCh darstellt. Dies gilt in jedem Fall dann, wenn die Eheschließung rechtlich nur zwischen Personen unterschiedlichen Geschlechts möglich ist.[41] Einwände, dass weder die Eingehung der Ehe noch die Eingehung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft von Rechts wegen eine bestimmte sexuelle Ausrichtung erfordern[42], werden nicht durchgreifen. Vergünstigungen, Zusatzleistungen und sonstige Absicherungen, die gegengeschlechtlichen Ehepartnern aufgrund Gesetzes, Tarifvertrag oder sonstigen kollektivrechtlichen Regelungen gewährt werden, kommen daher auch für gleichgeschlechtliche Lebenspartner zur Anwendung. Dabei macht es keinen Unterschied, ob nach den nationalen Rechtsordnungen die Partnerschaft nur gleichgeschlechtlichen oder auch gegengeschlechtlichen Paaren vorbehalten ist. Wenn eine Vergünstigung oder Leistung allein an das Bestehen einer Ehe als gegengeschlechtliche Partnerschaft anknüpft, liegt eine Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften vor, die nicht zu rechtfertigen ist.

Dabei scheidet als Rechtfertigungsgrund der Wunsch einzelner Mitgliedsstaaten aus, bestimmte finanzielle Privilegien dem Bestand einer gegengeschlechtlichen Ehe vorzubehalten. Die Mitgliedsstaaten berufen sich in diesem Fall auf Erwägungsgrund 22 der Richtlinie 2000/78/EG. Danach lässt die Richtlinie die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über den Familienstand und davon abhängige Leistungen unberührt. Der EuGH geht aber davon aus, dass es sich bei dem im Erwägungsgrund 22 genannten Tatbestandsmerkmal „davon abhängige Leistungen" nicht um Entgeltansprüche, die im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis stehen, handeln kann.[43] Der EuGH begründet seine Auffassung mit dem bereits bekannten Grundsatz der praktischen Wirksamkeit von EU-Recht, der es verbietet, dass nationale Rechtsordnungen bestimmte Privilegien im Bereich arbeitsrechtlicher Ansprüche dem Bestand einer gegengeschlechtlichen Ehe vorbehalten. Die Konsequenz dieser Rechtsprechung ist allerdings, dass der Erwägungsgrund 22 der Richtlinie 2000/78/EG, wonach einzelstaatliche Rechtsverordnungen über den Familienstand und davon abhängige Leistungen unberührt bleiben, für das EU-Arbeitsrecht ohne Bedeutung ist.

[41] vgl. auch Linneweber ZESAR 2014, 460; Franzen EuZA 2012, 310.

[42] vgl. Franzen EuZA 2009, 389; 2012, 310; Linneweber a. a. O.

[43] vgl. Römer EuGH Slg. 2011, I-3591 (Rn. 34, 35); Hay EuGH NZA 2014, 153 (Rn. 41–43).

9.5.3 Keine Rechtfertigung wegen Kundenpräferenzen

Aus der Feryn-Entscheidung kann rückgeschlossen werden, dass auch die Präferenzen von Kunden einen Arbeitgeber nicht zu einer unzulässigen Diskriminierung berechtigt. Zwar mag es für einen im Wettbewerb stehenden Arbeitgeber nachvollziehbar sein, den Erwartungen seiner Kundschaft zu entsprechen; konsequent zu Ende gedacht würde dies aber bedeuten, dass die Diskriminierungserwartungen Dritter entsprechende Sachverhalte im Arbeitsleben rechtfertigen. Dies ist mit den Zielsetzungen des Antidiskriminierungsrechts der EU nicht vereinbar.[44]

Zwar verweist der EuGH in der Feryn-Entscheidung darauf, dass der Arbeitgeber zur Entlastung vom Vorwurf eines diskriminierenden Verhaltens Tatsachen glaubhaft vortragen kann, um sein Verhalten zu rechtfertigen. Allgemeine Hinweise wie im Fall Feryn, dass die Kunden ihm keine Aufträge erteilen, sind hierfür aber aus den oben genannten Gründen nicht ausreichend. Grundsätzlich dürfte daher die Kundenpräferenz keinen Grund im Sinne von Art. 8 Abs. 1 AGG darstellen, der eine unterschiedliche Behandlung wegen Rasse oder ethnischer Herkunft rechtfertigen kann.

So ist auch nach § 8 Abs. 1 AGG eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes nur dann zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt und der Zweck rechtmäßig sowie die Anforderung angemessen ist. Es wird daher aus dem Rechtfertigungsgrund des § 8 Abs. 1 AGG deutlich, dass eine unterschiedliche Behandlung nicht bereits wegen einer beruflichen Anforderung zulässig ist. Vielmehr muss diese berufliche Anforderung wesentlich und entscheidend sein, um überhaupt eine Ungleichbehandlung rechtfertigen zu können. Dabei sind an die Tatbestandsvoraussetzungen „wesentlich" und „entscheidend" im Interesse eines effektiven Diskriminierungsschutzes besonders hohe Anforderungen zu stellen.[45]

9.5.4 Auswirkungen auf Darlegungs- und Beweislastfragen

Die angemessene Verteilung der Darlegungs- und Beweislast ist, wie sich aus der EuGH-Entscheidung Meister ablesen lässt, eine wesentliche Voraussetzung für den effektiven Diskriminierungsschutz.[46] Grundsätzlich geht das Unionsrecht wie die nationalen Rechtsordnungen davon aus, dass derjenige, der sich zur Stützung seines Anspruchs auf Tatsachen beruft, diese auch zu beweisen hat, so dass derjenige, der eine Ungleichbehandlung behauptet, die dafür maßgeblichen Tatsachen darlegen

[44] vgl. hierzu Grünberger a. a. O.; Lobinger EuZA 2009, 372.

[45] vgl. Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 3 Rn. 59.

[46] vgl. hierzu grundlegend Grünberger in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 3 Rn. 282–294

und beweisen muss.[47] Allerdings kann sich gerade bei Diskriminierungssachverhalten die Beweislast umkehren bzw. erleichtern.[48]

So hat das BAG in Folge der EuGH-Entscheidung Meister festgestellt, dass die Verweigerung der Auskunft über die eingestellte Person durch das Unternehmen grundsätzlich kein Indiz im Sinne von § 22 AGG darstellt, das die Vermutung für das Vorliegen einer gegen §§ 1, 7 AGG verstoßenden Benachteiligung begründet. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz soll allerdings dann bestehen, wenn der abgelehnte Bewerber schlüssig vorgetragen hat, dass er nur mit Hilfe der geforderten und abgelehnten Auskunft über den eingestellten Bewerber die tatsächlichen Voraussetzungen der Vermutung einer Benachteiligung nach § 22 AGG darlegen kann oder dass bereits die Verweigerung der begehrten Auskunft diese Vermutung einer Benachteiligung begründet.[49]

Von Relevanz ist in diesem Zusammenhang insbesondere die Beweislastregelung in Art. 10 der Richtlinie 2000/78/EG, die zu einer Erleichterung der Darlegungs- und Beweislast des Arbeitnehmers führen kann.[50] Die entsprechende Umsetzung in die deutsche Rechtsordnung ist durch § 22 AGG erfolgt.[51] Danach muss im Streitfall die klagende Partei Indizien beweisen, die eine Benachteiligung wegen eines der in § 1 AGG genannten Diskriminierungsgründe vermuten lassen. Gelingt dieser Nachweis von Indizien, so trägt die andere Partei, also in der Regel der Arbeitgeber, die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmung zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.

[47] vgl. Grünberger a. a. O.

[48] vgl. Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, S. 260, 261; Grünberger a. a. O.

[49] vgl. BAG NZA 2010, 1006; ferner Franzen EuZA 2014, 288.

[50] vgl. von Roetteken NZA-RR 2013, 343; ferner Grünberger a. a. O.

[51] vgl. entsprechende Beweislastregelungen in Art. 19 RL-2006/54/EG, Art. 8 RL 2000/43/EG.

1. Primärrechtliche Kompetenznorm Art. 19 AEUV	Schaffung geeigneter Vorkehrungen, um Diskriminierungen zu bekämpfen.
2. Ziel (Art. 1)	- Schaffung eines Rahmens zur Bekämpfung von Diskriminierungen, - in Bezug auf die Diskriminierungsmerkmale Rasse und ethnischen Herkunft
3. Geltungsbereich (Art. 3)	- Bedingungen für den Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit - Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung, der Berufsbildung, der beruflichen Weiterbildung und der Umschulung - Beschäftigungsbedingungen einschließlich Entlassungsbedingungen und Arbeitsentgelte - Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberorganisation - Sozialschutz einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste sowie die sozialen Vergünstigungen und die Bildung - Zugang und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum
4. Möglichkeit von positiven Maßnahmen (Art. 5)	Zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung in der Praxis können spezifische Maßnahmen zum Ausgleich von Benachteiligungen beibehalten oder beschlossen werden.
5. Beweislastregelungen (Art. 8)	Mitgliedsstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um effektiven Rechtsschutz bei Diskriminierung wegen Rasse und ethnischer Herkunft zu gewährleisten.
6. Sanktionen (Art. 15)	- Sanktionen sind bei einem Verstoß gegen die Richtlinie zu verhängen, - Sanktionen können Schadenersatzleistungen an Opfer umfassen, - Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.

Abb. 9.1 Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder ethnischen Herkunft

Der Schutz von Leiharbeitnehmern und Teilzeit- und befristet Beschäftigten 10

►
- Richtlinie 2008/104/EG (Leiharbeits-Richtlinie)[1] (siehe Abb. 10.1)
- Richtlinie 97/81/EG (Teilzeitarbeit-Richtlinie zu Rahmenvereinbarung zwischen EGB, UNICE und CEEP über Teilzeitarbeit)[2] (siehe Abb. 10.2)
- Richtlinie 1999/70/EG (Befristungs-Richtlinie zu Rahmenvereinbarung zwischen EGB, UNICE und CEEP über befristete Arbeitsverträge)[3] (siehe Abb. 10.3)

Leiharbeitsverhältnisse wie auch befristete und Teilzeitarbeitsverhältnisse werden vom Unionsgesetzgeber als prekäre Arbeitsverhältnisse angesehen.[4] Ohne in diesem Zusammenhang genauer auf den Begriff eines prekären Arbeitsverhältnisses einzugehen, werden hierunter üblicherweise abweichende Vertragsgestaltungen bezüglich der Dauer, der Arbeitszeit und auch des Arbeitsumfangs verstanden.[5] Während schon für Arbeitnehmer in unbefristeten Vollzeitbeschäftigungsverhältnissen nach dem sich aus Art. 151 Abs. 1 AEUV ergebenden Grundsatz der Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen ein Schutzbedürfnis besteht, ist dieses bei Arbeitnehmern in prekären Arbeitsverhältnissen noch gesteigert.[6] Die EU-Instanzen haben daher zum Schutz von Leiharbeitnehmern und Teilzeit- und befristet Beschäftigten die oben genannten Richtlinien erlassen.

[1] ABl. Nr. L 327 S. 9.

[2] ABl. Nr. L 14 S. 9, ber. ABl. 1998 Nr. L 128 S. 71.

[3] ABl. Nr. L 175 S. 43.

[4] vgl. Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 16 Rn. 2; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 4 Rn. 1–3.

[5] vgl. Thüsing a. a. O.; Schmidt, Richtlinienvorschläge der Kommission der EG zu atypischen Arbeitsverhältnissen, S. 22

[6] vgl. Thüsing a. a. O.; Hanau NZA 2000, 1045; Schiefer DB 2000, 2118.

P. Hantel, *Europäisches Arbeitsrecht,* Springer-Lehrbuch,
DOI 10.1007/978-3-662-46894-4_10

10.1 EU-Regelungen zum Schutz von Leiharbeitnehmern

Bei der Leiharbeit besteht ein Dreiecksverhältnis zwischen dem Verleiher bzw. dem Leiharbeitsunternehmen, dem Arbeitnehmer und dem Entleiher. Es besteht ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitsunternehmen und dem Arbeitnehmer. Aufgrund eines Dienstleistungsvertrages zwischen dem Leiharbeitsunternehmen und dem Entleiher wird diesem der Arbeitnehmer für einen begrenzten Zeitraum zur Verfügung gestellt.[7] Das Leiharbeitsunternehmen tritt dem Entleiher sein arbeitsrechtliches Direktionsrecht ab, so dass dieser im Rahmen der Durchführung des Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Arbeitnehmer weisungsbefugt ist.

Regelungen über den Schutz von Leiharbeitnehmern finden sich in der Leiharbeits-Richtlinie 2008/104/EG[8] sowie in der Richtlinie 91/383/EWG, die vorrangig die Arbeitssicherheit und den Gesundheitsschutz von Leiharbeitnehmern betrifft.[9] Ziel der Richtlinie ist es, für den Schutz der Leiharbeitnehmer zu sorgen und die Qualität der Leiharbeit zu verbessern, indem die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern gesichert wird. Art. 3 enthält die bereits eingangs dargestellten wesentlichen Begrifflichkeiten für Leiharbeitsverhältnisse.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern mit der Stammbelegschaft ist in Art. 5 Leiharbeits-Richtlinie enthalten. Danach müssen die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer während der Dauer ihrer Überlassung an ein entleihendes Unternehmen mindestens denjenigen entsprechen, die für sie gelten würden, wenn sie von dem Unternehmen unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären. Nach Erwägungsgrund Nr. 8 und 11 soll die Leiharbeit aber auch einem Flexibilisierungsbedürfnis der Unternehmen Rechnung tragen und zu einer Verringerung der Segmentierung des Arbeitsmarktes führen. Die Leiharbeit soll ferner ein Sprungbrett für die dauerhafte Übernahme in den Entleihbetrieb sein.[10] Daher sind Leiharbeitnehmer über offene Stellen zu unterrichten und ihnen ist die Chance auf einen unbefristeten Arbeitsplatz bei dem entleihenden Unternehmen einzuräumen. Nach Art. 7 sind Leiharbeitnehmer bei der Berücksichtigung von nationalen Schwellenwerten für die Einrichtung von Arbeitnehmervertretungen mit zu berücksichtigen. Nach Art. 8 ist die nach nationalem Recht jeweils zuständige Arbeitnehmervertretung über den Einsatz von Leiharbeitnehmern zu unterrichten.[11]

[7] vgl. Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 18 Rn. 1; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 4 Rn. 46.

[8] vgl. Waas, ZESAR 2009, S. 207; ders. ZESAR 2012, 7; Thüsing/Stiebert ZESAR 2012, 199; Bauer/Heimann NJW 2013, 3287; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 4 Rn. 43.

[9] vgl. Waas, ZESAR 2009, S. 207; Thüsing a. a. O.

[10] vgl. hierzu Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 4 Rn. 40; Waas a. a. O.

[11] vgl. hierzu Thüsing a. a. O.; Waas a. a. O.

10.2 EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarungen zum Schutz von Teilzeit- und befristet Beschäftigten

Sowohl die Teilzeit- als auch die Befristungs-Richtlinie wurde auf Grundlage einer Rahmenvereinbarung zwischen den EU-Sozialpartnern (EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung) verabschiedet. Die vorgenannte Rahmenvereinbarung stellt eine besondere EU-Handlungsform im Bereich der gemeinsamen europäischen Beschäftigungs- und Sozialpolitik nach den Art. 145 ff. AEUV und Art. 151 ff. AEUV dar. Zwar gibt es keine europäischen Tarifverträge, allerdings sieht das EU-Recht in den vorgenannten Regelungen einen Dialog zwischen Sozialpartnern nach § 152 AEUV ausdrücklich vor. Dabei können durch Rahmenvereinbarungen die europäischen Sozialpartner (EGB, UNICE und CEEP) ganz unmittelbar das europäische Arbeitsrecht mitgestalten.[12] Die entsprechenden Rahmenvereinbarungen über Teilzeitarbeit und über befristet Beschäftigte werden dann mittels der oben genannten Richtlinien in Gemeinschaftsrecht übertragen. Die Rahmenvereinbarungen gelten dann wie EU-Richtlinien.

Ziel der so geschaffenen Richtlinie 97/81/EG ist die Beseitigung von Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten sowie die Verbesserung der Qualität der Teilzeitarbeit, § 1 RL 97/81/EG. Nach § 3 Nr. 1 RL 97/81/EG ist ein Teilzeitbeschäftigter ein Arbeitnehmer, dessen normale, auf Wochenbasis oder als Durchschnitt eines bis zum einem Jahr reichenden Beschäftigungsraums berechnete Arbeitszeit unter der eines vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten liegt. Ziel der Richtlinie 1999/70/EG ist es, Diskriminierung von befristet Beschäftigten und den Missbrauch von aufeinanderfolgenden befristeten Arbeitsverträgen zu verhindern, §§ 4, 5 Richtlinie 1999/70/EG. Nach § 3 Ziffer 1 RL 1999/70/EG ist ein befristet beschäftigter Arbeitnehmer eine Person mit einem direkt zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer geschlossenen Arbeitsverhältnis, dessen Ende durch objektive Bedingungen wie das Erreichen eines bestimmten Datums, die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe oder das Eintreten eines bestimmten Ereignisses bestimmt wird.

Wie in den vorangegangenen Kapiteln bereits dargestellt, führt die Benachteiligung von Teilzeit- und befristet beschäftigten Personen mittelbar immer zu einer Diskriminierung von Frauen. Da nach den einschlägigen Statistiken erheblich mehr Frauen als Männer in Teilzeit- und befristeten Arbeitsverhältnissen tätig sind, führt insoweit eine entsprechende Benachteiligung solcher Arbeitnehmer immer auch zu einer mittelbaren Benachteiligung von Frauen.[13] Aus diesem Grunde enthalten beide Richtlinien in den §§ 4, 5 Verbotsregelungen über die unmittelbare und mittelbare Diskriminierung von Teilzeit- und befristet Beschäftigten.

---

[12] vgl. zum sozialen Dialog: Sagan in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 1 Rn. 71–75.

[13] vgl. Riesenhuber a. a. O. § 8 Anm. 29, 30.

10.3 Praktische Fallbeispiele

Wie ausgeführt, soll Leiharbeit auch der Flexibilisierung des Arbeitsmarktes dienen. Aus diesem Grund ist nach Art. 4 der Leiharbeits-Richtlinie die Leiharbeit grundsätzlich erlaubt. Damit können sich Leiharbeitgeber bei ihrer Tätigkeit auf die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV berufen.[14] So hatte der EuGH ferner zu entscheiden, ob die Erfordernisse von Gesundheitsschutz, die Sicherheit am Arbeitsplatz oder die Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu gewährleisten, eine Beschränkung der Ausübung von Leiharbeit und damit eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigt.[15]

Wie aus den vorangegangenen Kapiteln deutlich wird, sind Teilzeit- und Befristungsfragen häufig mit Diskriminierungssachverhalten verbunden.[16] So hatte der EuGH über die Zulässigkeit einer nur teilweisen Anerkennung von Tätigkeitszeiten bei befristeter Beschäftigung für den Zugang zum Beruf des Steuerberaters zu entscheiden.[17] Dass gesetzliche Befristungsregelungen auch mit Altersdiskriminierung zusammenhängen können, veranschaulicht der in Deutschland besonders kontrovers diskutierte Fall Mangold.[18] Inwieweit mehrfache Befristungen mit Vorgaben von § 5 Befristungs-Richtlinie 1999/70/EG vereinbar sind, behandelt dann die Kücük-Entscheidung.[19] Sodann hat der EuGH sich auch mit der Frage befasst, ob die Umwandlung von befristeten in unbefristete Arbeitsverhältnisse nach Unionsrecht mit einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen einhergehen darf.[20]

10.3.1 Fall Webb I EuGH Slg. 1981, 3305[21]

Der britische Staatsangehörige Webb war Leiter des „International Engineering Services Bureau“ in London. Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit bestand in der Überlassung von technischem Personal an niederländische Firmen (In den Niederlanden herrschte zu dieser Zeit Arbeitskräftemangel, während in Großbritannien bereits eine hohe Arbeitslosigkeit bestand). Seine Firma verfügte über die nach britischem Recht erforderliche Genehmigung für die Arbeitsvermittlung und Arbeitnehmerüberlassung aber nicht die nach niederländischem Recht erforderliche Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Wegen Verstoß gegen das Verbot, Arbeitnehmer ohne Erlaubnis zu überlassen, wurde gegen ihn ein Strafverfahren eingeleitet. Webb rügt

---

[14] vgl. Webb I EuGH Slg. 1981, 3305.

[15] vgl. Kommission/Deutschland EuGH Slg. 2001, I-8163.

[16] vgl. Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 16 Rn. 2; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 4 Anm. 1 u. 2.

[17] vgl. Kording EuGH Slg. 1997, I-5289.

[18] vgl. Mangold EuGH Slg. 2005, I-9981; ferner Fuchs ZESAR 2011, 3; Pötters/Traut ZESAR 2010, 267; Colneric EuZA 2008, 223; Hanau NZA 2010, 1, 2.

[19] vgl. Kücük EuGH vom 26. Januar 2012, C-586/10.

[20] vgl. Huet EuGH NZA 2012, 441; ferner Franzen EuZA 2014, 310.

[21] siehe auch NJW 1982, 1203.

die Verletzung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit. Der Hoge Raad de Nederlanden legte dem EuGH im Rahmen des Strafverfahrens die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob Art. 60 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 56 AEUV) auch die Überlassung von Arbeitnehmern umfasst und ob eine hierfür im Niederlassungsstaat erteile Genehmigung auch für den Tätigkeitsstaat bindend sei.

Der EuGH qualifizierte Arbeitnehmerüberlassung als Dienstleistung im Sinne im Sinne von Art. 56 AEUV und bejahte eine Beschränkung wegen des Erfordernisses eine zweite Erlaubnis einzuholen. Das Erfordernis einer Erlaubnis sei objektiv gerechtfertigt, da ihr Zweck war, gerade die Belange des niederländischen Arbeitsmarktes zu wahren. Diese könnten regelmäßig von den britischen Behörden bei ihrer Erlaubniserteilung nicht berücksichtigt werden. Daher darf die Arbeitnehmerüberlassung einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt unterliegen. Allerdings müsse der Mitgliedsstaat bei der Erlaubniserteilung diejenigen Tatsachen als gegeben voraussetzen, aufgrund deren die Erlaubnis im Herkunftsland des Dienstleisters erbracht worden sei.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Nach Art. 60 Abs. 1 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 56 AEUV) sind Dienstleistungen Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Person unterliegen. (Rn. 8)
2. Die Tätigkeit, die darin besteht, dass ein Unternehmen anderen entgeltliche Arbeitnehmer, die im Dienst dieses Unternehmens bleiben, zur Verfügung stellt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem Entleihungsunternehmen geschlossen wird, stellt eine Berufstätigkeit dar, die als Dienstleistung im Sinne von Art. 60 Abs. 1 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 56 AEUV) anzusehen ist. (Rn. 9)
3. Der freie Dienstleistungsverkehr als fundamentaler Grundsatz des Vertrages darf nur durch Regelungen beschränkt werden, die durch das Allgemeininteresse gerechtfertigt sind und die für alle im Hoheitsgebiet des genannten Staates tätigen Personen oder Unternehmen verbindlich sind, und zwar nur insoweit, als dem Allgemeininteresse nicht bereits durch die Rechtsvorschriften Rechnung getragen ist, denen der Leistungserbringer in dem Land unterliegt, in dem er ansässig ist. (Rn. 17)
4. In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass die Überlassung von Arbeitnehmern einen aus beruflicher und sozialer Sicht besonders sensiblen Bereich darstellt. Wegen der Besonderheiten der mit dieser Art von Tätigkeit verbundenen Arbeitsbeziehungen wirkt sich die Ausübung dieser Tätigkeit unmittelbar sowohl auf die Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt als auch auf die berechtigten Interessen der betroffenen Arbeitnehmer aus. (Rn. 18)
5. Daraus folgt, dass es den Mitgliedsstaaten freisteht und für sie eine legitime, im Allgemeininteresse getroffene politische Entscheidung darstellt, für die Überlassung von Arbeitnehmern in ihrem Hoheitsgebiet eine Genehmigungsregelung einzuführen, um die Genehmigung versagen zu können, wenn die

begründete Befürchtung besteht, dass diese Tätigkeit gedeihliche Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt beeinträchtigen würde oder dass dabei die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer unzulänglich gewahrt würden. (Rn. 19)

6. Es ginge jedoch dann über das angestrebte Ziel hinaus, wenn die Anforderungen, von denen die Erteilung einer Genehmigung abhängt, zu einer bloßen Wiederholung der Nachweise und Sicherheit führen würde, die im Staat der Niederlassung verlangt werden…. Bei der Prüfung der Anträge auf Genehmigung und bei der Genehmigungserteilung darf daher in keiner Weise nach der Staatsangehörigkeit oder dem Niederlassungsort des Leistungserbringers unterschieden werden, und es müssen Nachweise und Sicherheiten berücksichtigt werden, die der Leistungserbringer bereits für die Ausübung seiner Tätigkeit im Mitgliedsstaat der Niederlassung beigebracht hat. (Rn. 20)
7. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Dienstleistungsfreiheit es einem Mitgliedsstaat nicht verbietet, einen in einem anderen Mitgliedsstaat ansässigen Erbringer von Dienstleistungen einer Genehmigungspflicht zu unterwerfen, wenn er diese Tätigkeit in seinem Hoheitsgebiet ausübt. Dies gilt auch für den Fall, wenn der Leistungserbringer über eine vom Staat der Niederlassung erteilte Genehmigung verfügt, wobei allerdings bei der Prüfung der Anträge auf Genehmigung oder bei der Genehmigungserteilung Nachweise und Sicherheiten zu berücksichtigen sind, die der Leistungserbringer bereits für die Ausübung seiner Tätigkeit im Mitgliedsstaat der Niederlassung beigebracht hat. (Rn. 21)

10.3.2 Fall Kommission/Deutschland EuGH Slg. 2001, I-8163[22]

Mit ihrer Klage beanstandet die Kommission die früheren § 1 Abs. 1 und § 1 b des Gesetzes zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung vom 7. August 1972 (AÜG). Sowohl § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG als auch § 1 b Satz 2 AÜG verlangten die Geltung der deutschen Tarifverträge des Baugewerbes für alle Unternehmen, die sich an einer Arbeitsgemeinschaft beteiligen wollten oder Arbeitskräfte zu einem anderen Unternehmen abordnen wollten. Nur die Unternehmen, die in Deutschland ansässig sind und dort Arbeiter beschäftigen, konnten von diesem Tarifvertrag erfasst werden. Die nicht in der Bundesrepublik Deutschland ansässigen Unternehmen waren nicht in der Lage, Arbeitnehmer von ihrem Sitz oder von Niederlassungen in anderen Mitgliedsstaaten aus, zu einer in Deutschland gebildeten Arbeitsgemeinschaft oder zu den deutschen Bauunternehmen abzuordnen. Nach der deutschen Regelung war somit Voraussetzung für die Beteiligung an einer Arbeitsgemeinschaft zwecks Herstellung eines Werkes und für die Abordnung von Personal an Bauunternehmen eine Bindung an die deutschen Tarifverträge. Aufgrund ihres räumlichen Anwendungsbereiches galten diese Tarifverträge nicht für Unternehmen, die keine Niederlassung in Deutschland haben. Insoweit waren ausländische Arbeitgeber verpflichtet, in Deutschland eine Niederlassung zu unter-

[22] siehe auch NJW 2001, 3767; NZA 2001, 1299; EuZW 2001, 757.

halten. Die Regelung war daher für Unternehmen anderer Mitgliedsstaaten als der Bundesrepublik Deutschland belastender als für deutsche Unternehmen. Die Kommission rügt daher die Verletzung der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV.

Der EuGH stellt fest, dass das Erfordernis einer festen Niederlassung im Tätigkeitsstaat im Ergebnis mit der Dienstleistungsfreiheit nicht vereinbar sei.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Da die Überlassung von Arbeitnehmern eine Dienstleistung im Sinne des EG-Vertrages ist, behindert es den freien Dienstleistungsverkehr, dass die streitigen Rechtsvorschriften eine Niederlassung im Mitgliedstaat der Dienstleistung vorschreiben. (Rn. 18)
2. Das Erfordernis einer festen Niederlassung verletzt die Dienstleistungsfreiheit und damit eine der Grundfreiheiten auf, da es Art. 59 EG-Vertrag (nunmehr Art. 56 AEUV), der gerade die Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit solcher Personen beseitigen soll, die nicht in dem Staat niedergelassen sind, in dem die Dienstleistung erbracht werden soll, jede praktische Wirksamkeit nimmt. Ein solches Erfordernis ist daher nur zulässig, wenn nachgewiesen wird, dass es für die Erreichung des verfolgten Zieles unerlässlich ist. (Rn. 19)
3. Der soziale Schutz der Arbeitnehmer des Baugewerbes gehört zwar zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, die eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen können. Ferner können zwingende Gründe des Allgemeininteresses, die die materiellen Vorschriften einer Regelung rechtfertigen, auch die zur Sicherstellung ihrer Beachtung erforderlichen Kontrollmaßnahmen rechtfertigen. (Rn. 20)
4. Allerdings können Erwägungen rein administrativer Art eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs nicht rechtfertigen. So darf der Mitgliedstaat der Dienstleistung einem Unternehmen nicht die Führung von Unterlagen, die für diesen Staat spezifisch sind, vorschreiben, wenn das Unternehmen bereits in dem Staat, in dem es ansässig ist, für dieselben Arbeitnehmer und dieselben Beschäftigungszeiten Verpflichtungen unterliegt, die im Hinblick auf ihren Zweck, den Schutz der Interessen der Arbeitnehmer, mit den in der Regelung des ersten Mitgliedstaats enthaltenen vergleichbar sind. (Rn. 21)
5. Das Erfordernis einer Niederlassung im Mitgliedstaat der Dienstleistung, wie sie sich aus den streitigen Rechtsvorschriften ergibt, geht über das hinaus, was zum Erreichen des Zieles des sozialen Schutzes der Arbeitnehmer des Baugewerbes erforderlich ist. Es ist nämlich nicht nachgewiesen, dass dieses Erfordernis, das unterschiedslos jedes Unternehmen erfüllen muss, das einer Arbeitsgemeinschaft oder anderen Bauunternehmen Arbeitnehmer überlassen möchte, an sich notwendig ist, um das Ziel des sozialen Schutzes der Arbeitnehmer des Baugewerbes zu erreichen. (Rn. 22, 23)

10.3.3 Fall Kording EuGH Slg. 1997, I-5289[23]

Frau K war als Steuerinspektorin beim Finanzamt Bremen beschäftigt. Nach § 2 StBerG darf in Deutschland die Hilfeleistung in Steuersachen geschäftsmäßig nur von Personen und Vereinigungen ausgeübt werden, die hierzu befugt sind. Voraussetzung für die Bestellung zum Steuerberater ist das Bestehen der Steuerberaterprüfung oder die Befreiung von dieser Prüfung (§ 35 Abs. 1 StBerG). Zu befreien von der Steuerberaterprüfung sind nach § 38 Abs. 1 Nr. 4 Buchstabe a StBerG insbesondere „ehemalige Beamte und Angestellte des gehobenen Dienstes der Finanzverwaltung, die mindestens 15 Jahre auf dem Gebiet der von den Bundes- oder Landesfinanzbehörden verwalteten Steuern als Sachbearbeiter oder mindestens in gleichwertiger Stellung tätig gewesen sind".

Nach einer 15jährigen Tätigkeit als Sachbearbeiterin möchte K außerhalb des Finanzamtes als Steuerberaterin tätig werden und die entsprechende Prüfung ablegen. Nachdem zunächst bei der Tätigkeit im gehobenen Dienst der Finanzverwaltung nicht zwischen Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigung unterschieden wird, sah eine Neufassung von § 38 StBerG aus dem Jahr 1994 vor, dass die Zulassung zur Steuerberatungsprüfung auch im Rahmen einer Teilzeitbeschäftigung erfüllt werden kann. Bei einer solchen Teilzeitbeschäftigung mit Ermäßigung höchstens bis auf die Hälfte der regelmäßigen Zeit verlängert sich die Gesamtdauer entsprechend, höchstens jedoch auf das Doppelte der vorgeschriebenen Zeit. Eine Teilzeitbeschäftigung von weniger als der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit ist gar nicht anzurechnen. Frau K hat wegen Mutterschafts- und Erziehungszeiten mehrere Jahre nur Teilzeit gearbeitet, die nunmehr nur eingeschränkt für die Steuerberaterprüfung berücksichtigt werden können. Das Finanzgericht Bremen legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob eine mittelbare Diskriminierung von Frauen vorliege, wenn die für die Befreiung von der Steuerberaterprüfung geforderte mindestens 15jährige Sachbearbeitertätigkeit bei Teilzeitbeschäftigung entsprechend verlängert werden muss.

Der EuGH führt aus, dass die Verlängerung des Tätigkeitszeitraumes von Teilzeitsachbearbeitern zu einer mittelbaren geschlechtlichen Diskriminierung von K führe und sieht hierin eine Verletzung der Richtlinie 76/207/EWG (nunmehr Richtlinie 2006/54/EG) sowie von Art. 119 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 21 GRCh sowie Art. 157 AEUV), die auch für Beamten und im öffentlich Dienst Anwendung finden.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn die Anwendung einer nationalen Maßnahme, die zwar neutral formuliert ist, tatsächlich wesentlich mehr Frauen als Männer benachteiligt. (Rn. 16)
2. Unbestreitbar haben Bestimmungen, wie die im Ausgangsverfahren streitigen, eine Auswirkung auf Teilzeitbeschäftigte und benachteiligen diese

[23] siehe auch NZA 1997, 1221; EuZW 1998, 191.

gegenüber Vollzeitbeschäftigten. Teilzeitbeschäftigte müssen nämlich, um eine Befreiung von der Prüfung zu erhalten, einige Jahre länger gearbeitet haben als Vollzeitbeschäftigte. (Rn. 17)

3. In einem solchen Fall diskriminieren Bestimmungen im Ergebnis die weiblichen gegenüber den männlichen Arbeitnehmern und verstoßen grundsätzlich gegen die Richtlinie. Anders wäre es nur dann, wenn die unterschiedliche Behandlung der beiden Arbeitnehmerkategorien durch Faktoren gerechtfertigt wäre, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben. (Rn. 19)

10.3.4 Fall Mangold EuGH Slg. 2005, I-9981[24]

Der Arbeitnehmer M ist 56 Jahre alt und wird bei einem Rechtsanwalt im Rahmen eines befristeten Arbeitsverhältnisses für drei Jahre beschäftigt. Nach Auslaufen des Vertrages klagt M auf Unwirksamkeit der Befristung. Der Rechtsanwalt beruft sich auf § 14 Abs. 3 TzBfG. Das Arbeitsgericht München legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG so auszulegen sei, dass befristete Arbeitsverhältnisse mit Arbeitnehmern, die das 52. Lebensjahr vollendet haben, ohne Sachgrund zulässig sei.

Der EuGH sieht in § 14 Abs. 3 TzBfG eine unverhältnismäßige Benachteiligung älterer Arbeitnehmer. Zwar sei die beabsichtigte Integration älterer Arbeitnehmer ein legitimes Ziel und die Zulassung einer Altersbefristung auch ein taugliches Mittel. Die pauschale Zulassung der Altersbefristung ohne Rücksicht auf vorherige Beschäftigungszeiten sei jedoch unverhältnismäßig und verletzt daher die Richtlinie 2000/78/EG (Gleichbehandlungs-rahmenrichtlinie).

Die wichtigsten Leitsätze

1. § 14 Abs. 3 TzBfG begründet dadurch, dass die Arbeitgeber mit Arbeitnehmern, die das 52. Lebensjahr vollendet haben, uneingeschränkt befristete Arbeitsverträge schließen können, eine unmittelbar auf dem Alter beruhende Ungleichbehandlung. (Rn. 57)
2. Zu Ungleichbehandlungen wegen des Alters bestimmt Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78, dass die Mitgliedstaaten vorsehen können, dass solche Ungleichbehandlungen „keine Diskriminierung darstellen, sofern sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind“. Nach Abs. 1 UnterAbs. 2 Buchstabe a können solche Ungleichbehandlungen u. a. „die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung und zur beruflichen Bildung sowie besonderer

[24] siehe auch NJW 2005, 3695; NZA 2005, 1345; EuZW 2006, 17.

Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, … um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Arbeitnehmern und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen",… (Rn. 58)

3. § 14 Abs. 3 TzBfG bezweckt, die berufliche Eingliederung arbeitsloser älterer Arbeitnehmer zu fördern, weil diese erhebliche Schwierigkeiten haben, wieder einen Arbeitsplatz zu finden. Die Legitimität eines solchen im Allgemeininteresse liegenden Zieles steht außer Zweifel. (Rn. 59, 60)
4. Folglich ist ein derartiges Ziel – wie in Art. 6 Abs. 1 erster UnterAbs. der Richtlinie 2000/78 vorgesehen – grundsätzlich als eine „objektive und angemessene" Rechtfertigung einer von den Mitgliedstaaten vorgesehenen Ungleichbehandlung wegen des Alters anzusehen. (Rn. 61)
5. Weiter ist nach dem Wortlaut dieser Bestimmung zu prüfen, ob die eingesetzten Mittel zur Erreichung dieses legitimen Zieles „angemessen und erforderlich" sind. Insoweit verfügen die Mitgliedstaaten unbestreitbar über einen weiten Ermessensspielraum bei der Wahl der Maßnahmen zur Erreichung ihrer Ziele im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik. (Rn. 62, 63)
6. Die Regelungen von § 14 Abs. 3 TzBfG gehen insofern, als sie das Alter des betroffenen Arbeitnehmers als einziges Kriterium für die Befristung des Arbeitsvertrags festlegen, ohne dass nachgewiesen wäre, dass die Festlegung einer Altersgrenze als solche unabhängig von anderen Erwägungen im Zusammenhang mit der Struktur des jeweiligen Arbeitsmarktes und der persönlichen Situation des Betroffenen zur Erreichung des Zieles der beruflichen Eingliederung arbeitsloser älterer Arbeitnehmer objektiv erforderlich ist, über das hinaus, was zur Erreichung des verfolgten Zieles angemessen und erforderlich ist. (Rn. 64, 65)
7. Die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bedeutet nämlich, dass bei Ausnahmen von einem Individualrecht die Erfordernisse des Gleichbehandlungsgrundsatzes so weit wie möglich mit denen des angestrebten Zieles in Einklang gebracht werden müssen. Derartige nationale Rechtsvorschriften können daher nicht nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 gerechtfertigt werden. (Rn. 65)

10.3.5 Fall Kücük EuGH NJW 2012, 989[25]

Die Klägerin war beim Land Nordrhein-Westfalen auf der Grundlage von insgesamt 13 befristeten Arbeitsverträgen in der Zeit von Juli 1996 bis Dezember 2007 beschäftigt. Sie wurde als Justizangestellte im Geschäftsstellenbereich der Zivilprozessabteilung des Amtsgerichts Köln eingesetzt. Die befristeten Verträge wurden stets aus Anlass der vorübergehenden Beurlaubung, insbesondere im Zusammenhang mit Sonder- und Erziehungsurlaub, einer unbefristet eingestellten Justizangestellten geschlossen und dienten jeweils der Vertretung. Mit der im Januar 2008 beim Arbeitsgericht Köln eingereichten Klage machte die Klägerin ein unbefris-

[25] siehe auch NZA 2012, 135; EuZW 2012, 143; DB 2012, 290.

tetes Arbeitsverhältnis mit der Begründung geltend, dass der am 12. Dezember 2006 geschlossene, bis zum 31. Dezember 2007 befristete Vertrag rechtswidrig sei. Bei insgesamt 13 in einem Zeitraum von elf Jahren sich unmittelbar aneinander anschließenden befristeten Arbeitsverhältnissen könne nicht mehr von einem vorübergehenden Bedarf an Vertretungskräften ausgegangen werden. Eine derartige „Kettenbefristung" sei zudem mit § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge unvereinbar. Nach § 5 der Rahmenvereinbarung zu befristeten Arbeitsverträgen im EU-Recht i. V. m. Richtlinie 1999/70/EG haben Mitgliedsstaaten zur Vermeidung eines Missbrauchs bei befristeten Arbeitsverträgen eine oder mehrere der im Einzelnen genannten Maßnahmen zu ergreifen. Diese Maßnahmen können im Erfordernis sachlicher Gründe, die die Verlängerung solcher Verträge oder -verhältnisse rechtfertigen (a); in Regelungen über die insgesamt maximal zulässige Dauer aufeinander folgender Arbeitsverträge oder -verhältnisse (b); oder schließlich in Regelungen über die zulässige Zahl der Verlängerung solcher Verträge oder -verhältnisse (c) bestehen.

Das Land vertrat die Auffassung, dass die angegriffene Befristung des Arbeitsverhältnisses nach § 14 Abs. 1 Nr. 3 TzBfG gerechtfertigt sei. Die notwendigen Voraussetzungen für den Sachgrund der Vertretung eines anderen Arbeitnehmers seien unabhängig von der Zahl der vorausgegangenen Befristungen erfüllt. Der geltend gemachte sachliche Grund sei für jeden konkreten Vertretungsfall gesondert zu prüfen. Das BAG hat dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob die Anknüpfung an einen vorübergehenden Bedarf an Vertretungskräften einen sachlichen Grund im Sinne von § 5 Nr. 1 Buchst. a der Rahmenvereinbarung über befristete Verträge darstellen kann und ob dies auch der Fall ist, wenn es sich in Wirklichkeit um einen ständigen oder wiederkehrenden Bedarf an Vertretungskräften handelt, der auch durch die Einstellung eines Arbeitnehmers mit einem unbefristeten Vertrag gedeckt werden könnte. Ferner wollte das BAG wissen, ob die Zahl und die Gesamtdauer der in der Vergangenheit mit demselben Arbeitgeber geschlossenen derartigen Arbeitsverträge oder -verhältnisse bei der sachlichen Rechtfertigung zu berücksichtigen sind.

Der EuGH hat mit der Entscheidung festgestellt, dass der in Deutschland anerkannte Befristungsgrund der Vertretung nach § 14 Abs. 1 Nr. 3 TzBfG richtlinien- bzw. rahmenverein-barungskonform ist. Er hat darüber hinaus aber auch ausgeführt, dass auch dann ein sachlicher Grund im Sinne von § 5 Nr. 1 a der Rahmenvereinbarung vorliegen kann, wenn es sich um einen ständigen oder wiederkehrenden Bedarf an Vertretungskräften handelt, der auch durch die Einstellung eines Arbeitnehmers mit einem unbefristeten Vertag abgedeckt werden könnte. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil mit dem Befristungsgrund ein legitimer sozialpolitischer Zweck – hier Vertretung eines Arbeitnehmers in der Elternzeit – verfolgt wird. Kommt es im Einzelfall zu einer Vielzahl wiederkehrender Befristungen ist es Sache der nationalen Gerichte, ergänzend zu der Überprüfung des Sachgrundes auch einen möglichen Missbrauch der Befristung zu überprüfen.

Die wichtigsten Leitsätze

1. § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Verträge dient dem Ziel, den wiederholten Rückgriff auf befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse, der als eine Quelle potentiellen Missbrauchs zu Lasten der Arbeitnehmer gesehen wird, einzugrenzen. Die vorgesehenen Mindestschutz-bestimmungen sollen eine Prekarisierung von Beschäftigten verhindern. Daher verpflichtet die Rahmenvereinbarung die Mitgliedsstaaten im Hinblick auf die Vermeidung der missbräuchlichen Verwendung aufeinander folgender befristeter Arbeitsverträge oder -verhältnisse dazu, effektiv und mit verbindlicher Wirkung mindestens eine der dort aufgeführten Maßnahmen zu ergreifen, sofern ihr innerstaatliches Recht keine gleichwertigen gesetzlichen Maßnahmen enthält. (Rn. 25, 26)
2. Der Begriff des sachlichen Grundes nach § 5 Nr. 1 a der Rahmenvereinbarung ist dahin zu verstehen, dass er genau bezeichnete, konkrete Umstände meint, die eine bestimmte Tätigkeit kennzeichnen und daher in diesem speziellen Zusammenhang den Einsatz aufeinander folgender befristeter Arbeitsverträge rechtfertigen können. Diese Umstände können sich etwa aus der besonderen Art der Aufgaben, zu deren Erfüllung die Verträge geschlossen worden sind, und deren Wesensmerkmale oder gegebenenfalls aus der Verfolgung eines legitimen sozialpolitischen Zwecks durch einen Mitgliedsstaat ergeben. Hingegen entspricht eine innerstaatliche Vorschrift, die sich darauf beschränken würde, den Rückgriff auf aufeinander folgende befristete Arbeitsverträge allgemein und abstrakt durch Gesetz oder Verordnung zuzulassen, nicht den Erfordernissen der Rahmenvereinbarung. Einer solchen rein formalen Vorschrift lassen sich nämlich keine objektiven, transparenten Kriterien für die Prüfung entnehmen, ob die Verlängerung derartiger Verträge tatsächlich einem echten Bedarf entspricht sowie zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet und erforderlich sei. (Rn. 27, 28, 29)
3. Die vorübergehende Vertretung eines anderen Arbeitnehmers, um im Wesentlichen einen zeitweiligen Arbeitskräftebedarf des Arbeitgebers zu decken, stellt grundsätzlich einen sachlichen Grund im Sinne von § 5 Nr. 1 Buchst. a der Rahmenvereinbarung dar. So sei es in der Verwaltung eines Landes unvermeidlich, dass insbesondere aufgrund des Ausfalls von Beschäftigten, die unter anderem Krankheits-, Mutterschafts- oder Elternurlaub in Anspruch nehmen, häufig vorübergehende Vertretungen erforderlich sind. Unter diesen Umständen kann die vorübergehende Vertretung von Arbeitnehmern einen sachlichen Grund im Sinne der Rahmenvereinbarung über befristete Verträge bilden, der sowohl die Befristung der mit den Vertretungskräften geschlossenen Verträge als auch bei Bedarf deren Verlängerung rechtfertigt. (Rn. 30, 31)
4. Es kann auch nicht automatisch der Abschluss unbefristeter Verträge verlangt werden, wenn die Größe des betroffenen Unternehmens oder der betroffenen Einrichtung und die Zusammensetzung des Personals darauf schließen lassen, dass der Arbeitgeber mit einem wiederholten oder ständigen Bedarf an Vertretungskräften konfrontiert sei. Eine solche Auslegung ginge über die Ziele

hinaus, die mit der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge und der Richtlinie 1999/70/EG verfolgt werden. (Rn. 32)

5. Gleichwohl ist es Sache der zuständigen Stellen, darüber zu wachen, dass die konkrete Anwendung dieses sachlichen Grundes unter Berücksichtigung der Besonderheiten der betreffenden Tätigkeit und der Bedingungen ihrer Ausübung den Anforderungen der Rahmenvereinbarung über befristete Verträge entspricht. Diese Stellen müssen in der Lage sein, objektive und transparente Kriterien für die Prüfung herauszuarbeiten, ob die Verlängerung derartiger Verträge tatsächlich einem echten Bedarf entspricht und ob sie zur Erreichung des verfolgten Zieles geeignet und erforderlich ist. (Rn. 34)

10.3.6 Fall Huet EuGH NZA 2012, 441[26]

Der Kläger Huet war seit sechs Jahren als wissenschaftlicher Mitarbeiter bei der Université de Bretagne occidentale (im Folgenden UBO) beschäftigt. Die Beschäftigung erfolgte aufgrund mehrerer aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge, die zwischen dem 1. März 2002 und dem 15. März 2008 ohne Unterbrechung verlängert und in denen jeweils seine Aufgaben als wissenschaftlicher Mitarbeiter erwähnt wurden. Die UBO bot dem Kläger nach Auslaufen seines letzten befristeten Arbeitsvertrages entsprechend seinem Antrag einen unbefristeten Arbeitsvertrag an. Der im März 2008 unterzeichnete unbefristete Arbeitsvertrag sah zum einen vor, dass der Kläger als Forschungsingenieur beschäftigt werde, d. h. mit einer anderen Einstufung als der des wissenschaftlichen Mitarbeiters. Zum anderen würden seine Dienstbezüge niedriger sein als jene, die er zuvor auf der Grundlage der befristeten Verträge erhalten hat, obwohl seine Aufgaben im Wesentlichen unverändert geblieben sind. Im Mai 2008 beantrage Huet bei der UBO die Änderung seines unbefristeten Arbeitsvertrages mit der Begründung, dieser stufe seine Aufgaben zurück und bringe eine Verringerung seiner Dienstbezüge mit sich. Dieser Antrag wurde von der UBO abgelehnt, woraufhin Huet beim Tribunal administratif de Rennes Klage auf Anhebung seiner Dienstbezüge auf das zur Zeit der befristeten Beschäftigung bestehende Niveau erhob. Das Tribunal setzte den Rechtsstreit aus und legte dem EuGH zur Vorabentscheidung die Frage vor, ob die Ziele der Richtlinie 1999/70/EG es gebieten, dass bei einer Umwandlung eines seit sechs Jahren befristeten Arbeitsverhältnisses in einen unbefristeten Arbeitsvertrag die bisherigen Arbeitsbedingungen aufrechterhalten bleiben müssen.

Der EuGH verweist in seiner Entscheidung darauf, dass § 5 Nr. 1 Rahmenvereinbarung Richtlinie 1999/70/EG zu der vorgelegten Frage keine Angaben enthalte. Insoweit könne aus der Richtlinie nicht die Beibehaltung der Arbeitsbedingungen aus einem befristeten Arbeitsverhältnis verlangt werden. Allerdings führt der EuGH aus, dass bei der Umwandlung von einem befristeten in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis Missbrauchsmöglichkeiten bestehen können. Der Beschäftigte kann vom Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages abgehalten werden, weil er nicht

[26] siehe auch NJW 2012, 2790; EuZW 2012, 305.

hinnehmen möchte, dass sich seine bisherigen Arbeitsbedingungen verschlechtern. Der EuGH verlangt daher von den Mitgliedsstaaten und ihren Gerichten zu überprüfen, ob die Umwandlung eines befristeten in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis missbräuchlich geschieht. In diesem Fall gebiete es der Auslegungsgrundsatz der praktischen Wirksamkeit des EU-Rechts, das nationale Gerichte gegen solche Missbrauchsfälle vorgehen.[27]

Die wichtigsten Leitsätze

1. Zu § 4 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung, der eine Schlechterbehandlung der befristet beschäftigten Arbeitnehmer gegenüber vergleichbaren Dauerbeschäftigten verbietet, es sei denn, die unterschiedliche Behandlung ist aus sachlichen Gründen gerechtfertigt, ist darauf hinzuweisen, dass diese Bestimmung im vorliegenden Fall nicht einschlägig ist. Der Kläger des Ausgangsverfahrens nimmt nicht an einer unterschiedlichen Behandlung gegenüber Dauerbeschäftigten Anstoß. (Rn. 30)
2. Ebenso wenig ist im Hinblick auf den Streitgegenstand des Ausgangsverfahrens das in § 8 Nr. 3 der Rahmenvereinbarung enthaltene Verschlechterungsverbot im vorliegenden Fall relevant. So muss die behauptete Verschlechterung, um unter das in diesem Paragraf aufgestellte Verbot zu fallen, zum einen mit der „Umsetzung" der Rahmenvereinbarung und zum anderen mit dem „allgemeinen Niveau des Schutzes" der befristet beschäftigten Arbeitnehmer zusammenhängen. (Rn. 31)
3. § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung hat das Ziel, den wiederholten Rückgriff auf befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse, der als eine Quelle potenziellen Missbrauchs zulasten der Arbeitnehmer gesehen wird, einzugrenzen, indem eine Reihe von Mindestschutzbestimmungen vorgesehen werden, die die Prekarisierung der Lage der Beschäftigten verhindern sollen. (Rn. 34)
4. Aus dem zweiten Abs. der Präambel der Rahmenvereinbarung, aus ihren Allgemeinen Erwägungen 6 und 8 geht hervor, dass feste Beschäftigungsverhältnisse einen wichtigen Aspekt des Arbeitnehmerschutzes darstellen, während befristete Arbeitsverträge nur unter bestimmten Umständen den Bedürfnissen sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer entsprechen können. (Rn. 35)
5. Daher verpflichtet § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung die Mitgliedstaaten zum effektiven und verbindlichen Erlass mindestens einer der dort aufgeführten Maßnahmen, um Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse zu vermeiden, wenn ihr innerstaatliches Recht keine gleichwertigen gesetzlichen Maßnahmen enthält. Die drei in Buchst. a bis c aufgeführten Maßnahmen betreffen sachliche Gründe, die die Verlängerung solcher Arbeitsverträge oder -verhältnisse rechtfertigen, die insgesamt maximal zulässige Dauer aufeinanderfolgender Arbeitsverträge oder -verhältnisse und die zulässige Zahl der Verlängerungen solcher Verträge oder Verhältnisse. (Rn. 36)

[27] Franzen, EuZA 2014, 310.

6. Allerdings stellt die Rahmenvereinbarung keine allgemeine Verpflichtung der Mitgliedstaaten auf, die Umwandlung befristeter in unbefristete Arbeitsverträge vorzusehen. § 5 Nr. 2 überlässt es nämlich grundsätzlich den Mitgliedstaaten, zu bestimmen, unter welchen Bedingungen befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse als unbefristet zu betrachten sind. Daraus ergibt sich, dass die Rahmenvereinbarung nicht vorschreibt, welche Bedingungen in die unbefristeten Verträge aufgenommen werden dürfen. (Rn. 38, 39, 40)
7. Außerdem ist zu beachten, dass die Rahmenvereinbarung nicht zum Gegenstand hat, sämtliche nationalen Vorschriften über befristete Arbeitsverträge zu harmonisieren, sondern nur darauf abzielt, durch Festlegung von allgemeinen Grundsätzen und Mindestvorschriften einen allgemeinen Rahmen zu schaffen, der durch den Schutz vor Diskriminierung die Gleichbehandlung von Arbeitnehmern in befristeten Arbeitsverhältnissen sichert, und den Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge oder Beschäftigungsverhältnisse zu verhindern. (Rn. 41)
8. Indem § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung den effektiven und verbindlichen Erlass mindestens einer der in ihm aufgeführten Maßnahmen zur Verhinderung der missbräuchlichen Inanspruchnahme aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge vorschreibt, gibt er den Mitgliedstaaten ein allgemeines Ziel – die Verhinderung derartigen Missbrauchs – vor, lässt ihnen jedoch zugleich die Wahl der Mittel, um dieses Ziel zu erreichen. Der den Mitgliedstaaten belassene Wertungsspielraum ist jedoch nicht unbegrenzt, da er auf keinen Fall so weit reichen kann, dass das Ziel oder die praktische Wirksamkeit der Rahmenvereinbarung in Frage gestellt wird. (Rn. 42, 43)
9. Ließe ein Mitgliedstaat zu, dass die Umwandlung eines befristeten in einen unbefristeten Arbeitsvertrag mit tiefgreifenden Änderungen der wesentlichen Bestimmungen des vorherigen Vertrags einhergeht, die für den Vertragsbediensteten insgesamt zu einer Verschlechterung führen, wenn der Gegenstand seiner Tätigkeit und die Art seiner Aufgaben gleich bleiben, wäre nicht auszuschließen, dass der Bedienstete vom Abschluss des ihm angebotenen neuen Vertrags abgehalten wird und so nicht in den Genuss fester Beschäftigungsverhältnisse kommt, die einen wichtigen Aspekt des Arbeitnehmerschutzes darstellen. (Rn. 44)
10. Es ist jedoch Sache der zuständigen nationalen Stellen zu prüfen, ob die an den wesentlichen Bestimmungen des in Rede stehenden Arbeitsvertrags vorgenommenen Änderungen als tiefgreifende Veränderungen dieser Bestimmungen qualifiziert werden können. (Rn. 45)

10.4 Auswirkung auf die deutsche Rechtsordnung und die arbeitsrechtliche Praxis

Aus der Webb-Entscheidung wird deutlich, dass Verbote oder Einschränkungen von Leiharbeit nur aus Gründen des Allgemeininteresses und unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerechtfertigt sind.[28] Insoweit ist bei nationalen Regelungen zum Schutz von Leiharbeitnehmern auch immer das Spannungsverhältnis zur Dienstleistungsfreiheit zu beachten, auf die sich die Leiharbeitsunternehmen berufen können. Wie dargestellt, bestand für die nach der damaligen deutschen Rechtsordnung vorgesehene Niederlassungspflicht von ausländischen Leiharbeitsunternehmen nach Auffassung des EuGH keine Erforderlichkeit, da der Tätigkeitsstaat auch ohne eine Niederlassung in der Lage war, die Arbeitnehmerschutzregelungen ausreichend zu kontrollieren.[29]

10.4.1 Arbeitnehmerschutzregelungen im AÜG

Der deutsche Gesetzgeber hat die Leiharbeits-Richtlinie im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) umgesetzt, wobei Regelungen zum Schutz von Leiharbeitnehmern schon vor Erlass der Richtlinie in Deutschland bestanden. Nach § 1 AÜG bedürfen Arbeitgeber, die als Verleiher Arbeitnehmer gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen wollen, der Erlaubnis. Einschränkungen für das Baugewerbe sind in § 1 b AÜG enthalten. Die Grundsätze der Gleichbehandlung sind in § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG sowie in § 9 Nr. 2 AÜG enthalten.[30] Verletzt der Entleiher die gesetzlichen Vorgaben der §§ 1, 9 AÜG, so wird regelmäßig ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Arbeitnehmer begründet, § 10 AÜG. Die sonstigen in der Leiharbeits-Richtlinie geregelten Anzeige-, Auskunfts- und Meldepflichten sind in den §§ 7, 8, 11 AÜG und die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates in § 14 AÜG geregelt.

Nach dem seit dem 1. Dezember 2011 geltenden § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG erfolgt die Überlassung von Arbeitnehmern an den Entleiher lediglich vorübergehend. Aufgrund einer Neuregelung beträgt die Überlassungshöchstdauer nunmehr nur noch 18 Monate. Keine Aussage enthält das AÜG zu der Frage der Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Überlassungshöchstdauer. Nach Auffassung des BAG kommt mangels einer entsprechenden Anwendung von § 10 AÜG kein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher zustande, wenn der Einsatz des Leiharbeitsverhältnisses nicht vorübergehend erfolgt.[31]

---

[28] vgl. Webb I a. a. O.

[29] vgl. Kommission/Deutschland EuGH Slg. 2001, I-8163.

[30] vgl. Waas, ZESAR 2009, S. 207; ders. ZESAR 2012, 7; Thüsing/Stiebert ZESAR 2012, 199; Bauer/Heimann NJW 2013, 3287.

[31] vgl. BAG NJW 2014, S. 331.

10.4.2 Diskriminierungs- und Benachteiligungsverbote nach den §§ 4, 5 TzBfG

Die Umsetzung der Teilzeit- und Befristungs-Richtlinien ist im Teilzeit- und Befristungsgesetz erfolgt. Regelungen über das Diskriminierungs- und Benachteiligungsverbot sind in den §§ 4, 5 TzBfG enthalten. Unter den Voraussetzungen von § 8 TzBfG besteht ein Rechtsanspruch auf Verringerung der Arbeitszeit. § 14 TzBfG enthält in Abs. 1 den Grundsatz, dass die Befristung eines Arbeitsvertrages einen sachlichen Grund erfordert. Nach § 14 Abs. 2 TzBfG ist die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig. Sofern die Befristung darüber hinaus geht oder eine Vorbeschäftigung im Sinne von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG vorliegt, kann sie nur durch sachlichen Grund im Sinne von § 14 Abs. 1 TzBfG gerechtfertigt sein. Die Folgen einer sachgrundlosen Befristung und die Klagemöglichkeit innerhalb von drei Wochen nach Beendigung des Arbeitsvertrages sind in den §§ 16, 17 TzBfG geregelt.

Aufgrund der Mangold-Entscheidung dürfte davon auszugehen sein, dass die Zulässigkeit einer sachgrundlosen Befristung ab einem bestimmten Alter wegen Altersdiskriminierung unzulässig ist. Aus diesem Grunde wurde § 14 Abs. 3 TzBfG mit Wirkung vom 1. Juni 2007 neu gefasst. Danach ist die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von fünf Jahren zulässig, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 52. Lebensjahr vollendet hat und unmittelbar davor mindestens vier Monate beschäftigungslos gewesen ist. Das Tatbestandsmerkmal der Beschäftigungslosigkeit soll nach dem Motiv des Gesetzgebers die Befristung bis zur Dauer von 5 Jahren im Sinne von Art. 6 RL 2000/78/EG bzw. § 10 Nr. 1 AGG sachlich rechtfertigen.[32] Dies ist insoweit nur konsequent, als der EuGH in seiner Mangold-Entscheidung ausgeführt hat, dass der Aspekt der beruflichen Eingliederung zusammen mit einem fortgeschrittenen Lebensalter eine sachliche Rechtfertigung für eine Befristung darstellen kann, während allein das Lebensalter hierfür keine ausreichende Grundlage darstellt.

Die Mangold-Entscheidung hat in der Literatur viel Kritik erfahren.[33] Es wurde darauf hingewiesen, dass die Frist zur Umsetzung der Gleichbehandlungs-Rahmen-Richtlinie noch gar nicht abgelaufen war und es sich insoweit um einen ausbrechenden Rechtsakt im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG handeln würde.[34] Von einem solchen ausbrechenden Rechtsakt geht das BVerfG immer dann aus, wenn der EuGH das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Ultra-vires-Kontrolle) nicht beachtet hat oder andererseits der unantastbare Kerngehalt des Grundgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG nicht gewahrt ist (Identi-

[32] vgl. hierzu kritisch Bayreuther BB 2007, 1113; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 4 Rn. 36.

[33] vgl. Fuchs ZESAR 2011, 3; Pötters/Traut ZESAR 2010, 267; Colneric EuZA 2008, 223; Hanau NZA 2010, 1, 2.

[34] vgl. zum ausbrechenden Rechtsakt: BVerfGE 89, 155 (Maastricht); BVerfGE 123, 267 (Lissabon); ferner Fuchs a. a. O.; Pötters/Traut a. a. O.; Colneric a. a. O.

tätskontrolle).[35] Diese Kritik wurde dann vom BVerfG nicht geteilt und ein ausbrechender Rechtsakt durch die EuGH-Entscheidung zum Fall Mangold abgelehnt[36].

Eine Benachteiligung von Teilzeitkräften liegt auch immer dann vor, wenn berufliche Tätigkeiten, die in Teilzeit ausgeübt werden, nur eingeschränkte Berücksichtigung finden. So ist nach der Kording-Entscheidung die nur anteilige Berücksichtigung einer Teilzeittätigkeit für relevante Berufserfahrungen im Bereich der Steuerberatung mit dem Diskriminierungsverbot unvereinbar. Der EuGH hat zudem in einer Entscheidung aus dem Jahr 2014 zu einer Abfindungsregelung im belgischen Arbeitsrecht entschieden, dass sich der Abfindungsanspruch einer Arbeitnehmerin die nach einem Mutterschaftsurlaub nur noch Teilzeit arbeitet, an dem Gehalt für Vollzeittätigkeit zu orientieren habe. Eine Berechnung des Abfindungsbetrages auf Grundlage einer solchen Teilzeitbeschäftigung nehme der Richtlinie 97/81/EG ihre Wirksamkeit.[37]

10.4.3 Sachgrund- und Billigkeitskontrolle bei Befristungen

Auswirkungen dürfte auch die Kücük-Entscheidung auf die Befristungskontrolle haben. Zwar hat das BAG schon seit längerem seine alte Rechtsprechung zu den sog. Kettenarbeitsverträgen[38] aufgegeben. Entscheidend für den sachlichen Grund ist allein die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten Vereinbarung.[39] Daher ist nach deutschem Befristungsrecht die Zahl der aufeinanderfolgenden befristeten Vereinbarungen – wie aus der Kücük-Entscheidung deutlich wird – grundsätzlich ohne Bedeutung. Entscheidend ist allein der sachliche Grund zum Zeitpunkt der letzten Befristung. Sofern zu diesem Zeitpunkt ein Vertretungsbedarf vorlag, ist von einer Wirksamkeit der Befristung auszugehen. Die vorangegangenen, schon ausgelaufenen Befristungen sind nicht mehr auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen. Allerdings deutet der EuGH in seiner Kücük-Entscheidung an, dass es Sache der zuständigen Stellen, also der Gerichte für Arbeitssachen, ist, über die konkrete Anwendung dieses Sachgrundes bei Berücksichtigung der Zielsetzungen der Richtlinie zu entscheiden. Nach Art. 5 RL 1999/70/EG ist Ziel der Richtlinie, den Missbrauch von Befristungen zu verhindern. Mithin kann aus dem vorgenannten Urteil rückgeschlossen werden, dass neben der Prüfung des Sachgrundes insbesondere wenn eine Vielzahl von befristeten Arbeitsverträgen zur Überprüfung steht, vom EuGH auch eine Billigkeitskontrolle unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gefordert wird.

In einer für den Wissenschaftsbereich wichtigen Entscheidung hat der EuGH Regelungen des spanischen Arbeitsrechts, nach denen Universitäten aufeinanderfolgende befristete Verträge mit Assistenzprofessoren ohne jede Beschränkung

[35] vgl. BVerfG a. a. O.

[36] vgl. BVerfG NZA 2010, 995.

[37] vgl. Lyreco EuGH vom 27. Februar 2014, C-588/12; ferner Linneweber ZESAR 2014, 462.

[38] vgl. BAG Großer Senat NJW 1961, 798.

[39] vgl. BAG NZA 2007, 803.

hinsichtlich Dauer und Zahl der Verlängerung abschließen können, für wirksam angesehen. In Anbetracht des besonderen Bedürfnisses an unterschiedlichen und aktuellen Kenntnissen und Berufserfahrungen im Hochschulbereich seien solche Befristungen mit der Richtlinie 1999/70/EG vereinbar.[40]

1. Primärrechtliche Kompetenznorm Art. 153 Abs. 1 u. 2 AEUV	- Arbeitsbedingungen (b) - sozialer Schutz der Arbeitnehmer (c) - berufliche Eingliederung (h)
2. Allgemeine Erwägungen (Erwägungsgründe 8 u. 11)	- Förderung der Flexibilität von Beschäftigung, - Verringerung der Segmentierung des Arbeitsmarktes, - Schaffung von Arbeitsplätzen und Möglichkeit zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt
3. Anwendungsbereich (Art. 1)	- Arbeitnehmer, die mit Leihunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben, - Anwendung für öffentliche und private Unternehmen
4. Ziel (Art. 2) Arbeitnehmerinteresse	- Schutz der Leiharbeitnehmer, - Verbesserung der Qualität der Leiharbeit, - Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung
5. Einschränkungen/Verbote (Art. 4)	- Verbot oder Einschränkung der Leiharbeit nur aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt - Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der Dienstleistungsfreiheit erforderlich
6. Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 5)	- Wesentliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer entsprechen mindestens denjenigen der Stammbelegschaft (Equal-Pay-Grundsatz), - Möglichkeit des Abweichens nach Anhörung der Sozialpartner nach Abs. 2 und 3
7. Kollektivrechtliche Regelungen (Art. 7, 8)	- Leiharbeitnehmer werden bei der Berechnung von Schwellenwerten mit berücksichtigt, - Erfordernis der Unterrichtung von Arbeitnehmervertretern über die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern
8. Sanktionen (Art. 10)	- Mitgliedsstaaten sehen für den Fall der Nichteinhaltung dieser Richtlinie Sanktionen für Leiharbeitsunternehmen vor, - diese sollen die Erfüllung der Richtlinie sicherstellen

Abb. 10.1 RL 2008/104/EG über Leiharbeit

[40] vgl. Samohano EuGH vom 13. März 2014, C-190/13; ferner Linneweber ZESAR 2014, 464.

1. Primärrechtliche Kompetenznorm Art. 153, 155 AEUV	- Arbeitsbedingungen (b) - sozialer Schutz der Arbeitnehmer (c) - Chancengleichheit von Männern und Frauen (i) - Dialog zwischen den Sozialpartnern
2. Ziel (Erwägungsgründe 4, 5)	Zur Verwirklichung des Binnenmarktes und im Interesse der Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen sollen Sozialpartner Maßnahmen aushandeln - zur Förderung der Beschäftigung, - zur Förderung der Chancengleichheit zwischen Frauen und Männern, - zur Steigerung der Beschäftigungsintensität durch flexible Organisation der Arbeit.
3. Allgemeine Erwägungen (Erwägungsgrund 11)	- Schaffung eines allgemeinen Rahmens für die Beseitigung der Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten; - Leistung eines Beitrags zur Entwicklung der Teilzeitarbeitsmöglichkeit auf einer für Arbeitgeber und Arbeitnehmer akzeptablen Grundlage; - Verbesserung der Qualität von Teilzeitarbeit
4. Anwendungsbereich (§ 2)	Für Teilzeitbeschäftigte, die nach den Rechtsvorschriften in dem jeweiligen Mitgliedsstaat einen entsprechenden Arbeitsvertrag haben.
5. Grundsatz der Nichtdiskriminierung (§ 4)	- Teilzeitbeschäftigte dürfen in ihren Beschäftigungsbedingungen nicht schlechter behandelt werden als Vollzeitbeschäftigte; - der pro-rata-temporis-Grundsatz ist angemessen zu beachten
6. Teilzeitarbeitsmöglichkeiten (§ 5)	Arbeitgeber sollten, soweit dies möglich ist, - Vollzeitbeschäftigten den Wechsel in ein zur Verfügung stehendes Teilzeitarbeitsverhältnis ermöglichen, - Teilzeitbeschäftigten den Wechsel in ein zur Verfügung stehendes Vollzeitarbeitsverhältnis oder die Erhöhung der Arbeitszeit ermöglichen, - Informationen zur Erleichterung des Wechsels von Vollzeit- in Teilzeitarbeitsverhältnisse zur Verfügung stellen, - den Zugang zur Teilzeitarbeit auf allen Ebenen erleichtern, - Arbeitnehmervertretungen geeignete Informationen über Teilzeitarbeit zur Verfügung stellen.

Abb. 10.2 RL 97/81/EG zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinigung über Teilzeitarbeit (Teilzeitarbeits-Richtlinie)

1. Primärrechtliche Kompetenznorm Art. 153, 155 AEUV	- Arbeitsbedingungen (b) - sozialer Schutz der Arbeitnehmer (c) - Chancengleichheit von Männern und Frauen (i) - Dialog zwischen den Sozialpartnern
2. Ziel (Erwägungsgründe 5, 6)	Sozialpartner sollen - Vereinbarungen zur Modernisierung der Arbeitsorganisation - und damit zusammenhängende anpassungsfähige Arbeitsregelungen aushandeln um - die Unternehmen produktiv und wettbewerbsfähig zu machen - und ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Anpassungsfähigkeit und Sicherheit von Arbeitsverhältnissen zu erreichen.
3. Allgemeine Erwägungen (§ 1)	- Bei der Inanspruchnahme befristeter Arbeitsverträge sind Missbräuche zu vermeiden. - Schaffung eines unionsweiten Rahmens, der den Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge verhindert. - Unbefristete Arbeitsverträge sollen die übliche Form von Beschäftigungsverhältnissen darstellen.
4. Anwendungsbereich (§ 2)	Für Teilzeitbeschäftigte, die nach den Rechtsvorschriften in dem jeweiligen Mitgliedsstaat einen entsprechenden befristeten Arbeitsvertrag haben.
5. Grundsatz der Nichtdiskriminierung (§ 4)	- Befristet beschäftigte Arbeitnehmer dürfen in ihren Beschäftigungsbedingungen gegenüber unbefristet beschäftigten Arbeitnehmern nicht schlechter behandelt werden, - Beachtung des pro-rata-temporis-Grundsatzes
6. Maßnahmen zur Vermeidung von Missbrauch (§ 5)	Um Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge zu vermeiden, sollen die Mitgliedsstaaten Regelungen verabschieden über - sachliche Gründe, die die Verlängerung solcher Verträge rechtfertigen, - die insgesamt maximal zulässige Dauer aufeinanderfolgender Arbeitsverträge, - die zulässige Zahl der Verlängerung solcher Verträge.

Abb. 10.3 RL 1999/70/EG zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (Befristungs-Richtlinie)

11 Arbeitgeberpflichten in Entsendungsfällen (Mindestlohn/ Mindesturlaub)

►
- Richtlinie 96/71/EG (Arbeitnehmer-Entsende-Richtlinie)[1] (siehe Abb. 11.1)
- Richtlinie 91/533/EWG (Nachweis-Richtlinie)[2] (siehe Abb. 11.2)

Die im vorangegangenen Kapitel dargestellte besondere Schutzwürdigkeit von Beschäftigten in sog. „prekären Arbeitsverhältnissen" besteht grundsätzlich auch im Fall der Arbeitnehmerentsendung. Bei der Arbeitnehmerentsendung handelt sich um eine Form der grenzüberschreitenden Arbeitnehmermobilität, die nicht dem Anwendungsbereich von Art. 45 AEUV unterliegt.[3] Anders als bei der Inanspruchnahme des Freizügigkeitsrechts sucht der entsandte Arbeitnehmer nicht den Zugang zum Arbeitsmarkt eines anderen Mitgliedsstaates. Der Arbeitgeber im Herkunftsstaat bleibt dem Arbeitnehmer im Falle der Entsendung erhalten.

Es handelt sich somit bei der Arbeitnehmerentsendung um eine besondere Form der länderübergreifenden Arbeitnehmermobilität, die insbesondere dann vorliegt, wenn ein Unternehmen einen Arbeitnehmer in seinem Namen oder unter seiner Leitung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaates im Rahmen eines Vertrages entsendet, der zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem in diesem Mitgliedsstaat tätigen Dienstleistungsempfänger geschlossen wurde. Voraussetzung ist daher ein Werk-, Dienst- oder vergleichbares Vertragsverhältnis eines ausländischen Arbeitgebers mit einem inländischen, z. B. deutschen Auftraggeber, in dessen Rahmen ausländische Arbeitnehmer zur Leistungserbringung in dem Tätigkeitsstaat, also in Deutschland, als Arbeitnehmer für einen begrenzten Zeitraum eingesetzt werden[4]. Unionsrechtlich ist ein entsandter Arbeitnehmer jeder Arbeitnehmer,

[1] ABl. 1997 Nr. L 18 S. 1.

[2] ABl. Nr. L 288 S. 32.

[3] vgl. Rush EuGH Slg. 1990, I-1417; Kommission/Großherzogtum Luxemburg EuGH Slg. 2004, I-10191.

[4] vgl. Kort NZA 2002, 1248; vgl. ferner Art. 1 Abs. 3 a u. Art. 2 Abs. 1 EU-Richtlinie 96/71/EG (Entsende-Richtlinie).

P. Hantel, *Europäisches Arbeitsrecht,* Springer-Lehrbuch,
DOI 10.1007/978-3-662-46894-4_11

der während eines begrenzten Zeitraums auf Weisung seines Arbeitgebers seine Arbeitsleistung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaates als demjenigen erbringt, in dem er normalerweise arbeitet.[5]

11.1 Anzuwendende Arbeitnehmerschutzregelungen bei einer vorübergehenden Auslandstätigkeit

Da die Integration des Arbeitnehmers in das System des Tätigkeitsstaates wie dargestellt geringer als bei der Inanspruchnahme des Freizügigkeitsrechts[6] ist, unterliegen entsandte Arbeitnehmer regelmäßig den wirtschafts-, arbeits- und sozialrechtlichen Vorgaben ihres Herkunftsstaates. Da davon auszugehen sein dürfte, dass die Parteien im Falle der Entsendung keine bestimmte Rechtswahl im Arbeitsvertrag getroffen haben, ist nach den einschlägigen IPR-Regelungen des Art. 8 Abs. 2 Rom-I-VO die Rechtsordnung des Staates maßgebend, in dem oder von dem aus der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrages gewöhnlich seine Arbeit verrichtet.[7] Dies ist üblicherweise der Herkunftsstaat. Art. 8 Abs. 2 Satz 2 Rom-I-VO stellt klar, dass der Staat, in dem die Arbeit gewöhnlich verrichtet wird, nicht wechselt, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend[8] – in Abgrenzung zum dauerhaften Übertritt – in einem anderen Staat verrichtet. Eine vorübergehende Auslandstätigkeit bleibt daher für die Bestimmung des Arbeitsortes und damit der anzuwendenden Rechtsordnung regelmäßig außer Acht[9] (vgl. Kap. 17).

Daher genießen Arbeitgeber, die aus einem Herkunftsland mit niedrigem Lohnniveau Arbeitnehmer in einem Mitgliedsstaat mit höherem Lohnniveau entsenden, dort Wettbewerbsvorteile. Sie können ihre Leistungen zu niedrigeren „Preisen" anbieten als die örtlichen Arbeitgeber.[10] Mitgliedsstaaten mit einem hohen Lohnniveau werden daher versuchen, mit sozialpolitischer Begründung – Stichwort: Sozialdumping – ein Unterbieten der am Arbeitsort üblichen Löhne und Gehälter zu verhindern. Der Schutz der ausländischen Arbeitnehmer verlange die Sicherung bestimmter arbeitsrechtlicher Mindeststandards.[11] Weitere Motive sind die Schaf-

[5] vgl. Art. 2 Abs. 1 Arbeitnehmer-Entsende-Richtlinie RL 96/71/EG.

[6] vgl. Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 9 Rn. 1; ferner Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, S. 535 ff; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 6 Rn. 1–6.

[7] vgl. hierzu Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler, AEntG, 3. Auflage, § 3 Rn. 71; Fuchs/Marhold a. a. O., S. 541; Sittard NZA 2015, 79.

[8] vgl. zur Auslegung des Begriffs „vorübergehend" Wurmnest EuZA 2009, 481 (492, 493).

[9] vgl. Schlachter NZA 2002, 1244; Kort NZA 2002, 1248; Martiny in Münchener Kommentar zum BGB, 3. Auflage, Art. 30 EGBGB, Rn. 36 a; Riesenhuber Europäisches Arbeitsrecht § 6 Anm. 2.

[10] vgl. Thüsing a. a. O. Rn. 12 sowie Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 6 Anm. 4.

[11] siehe Schwab, NZA-RR 2004, 1; Bt-Drucksache 13/2414; Unter ordnungspolitischen Aspekten wird ferner darauf verwiesen, dass sich die sozialpolitische Problematik zudem durch die Kumulierung der Vorteile zweiter unterschiedlicher Standorte ergebe; vgl. hierzu Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, S. 175 „Wenn Beschäftigte aus Mitgliedsstaaten mit Niedriglöhnen in die Infrastruktur eines EU-Hochlohnlandes entsandt werden, könnten dort die sog. komperativen Kostenvorteile genutzt werden."

fung eines fairen bzw. die Verhinderung eines unlauteren Wettbewerbs[12], aber auch – wenn auch etwas verklausuliert – die Abschottung des nationalen Arbeitsmarktes gegen die Billigkonkurrenz aus dem Ausland.[13]

Der Vorwurf des „Sozialdumpings“ oder von sittenwidrigen Löhnen ist aber ordnungspolitisch problematisch.[14] Bei Berücksichtigung des Grundsatzes einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb nach Art. 120 AEUV muss es im Binnenmarkt Anbietern aus Niedriglohnländern ebenso erlaubt sein, ihren Kostenvorteil im Wettbewerb wahrzunehmen, wie es Anbietern aus anderen Ländern erlaubt ist, ihren Know-how-Vorsprung wahrzunehmen.[15] Zudem entspricht im Grunde die Entsendung von schlechter bezahlten ausländischen Arbeitnehmern der Wettbewerbslage im Zusammenhang mit der Warenverkehrsfreiheit nach den Art. 28, 30, 34 AEUV. Auch die Produzenten aus Niedriglohnländern sind hinsichtlich des Preises im Vorteil. So ist es beim grenzüberschreitenden Warenverkehr völlig ausgeschlossen, dass ein Mitgliedsstaat aus Arbeitnehmerschutzgründen Mindestlöhne bei der Produktion von ausländischen Waren festlegt, um damit eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit zu rechtfertigen.[16]

11.2 Spannungsverhältnis zwischen nationalem Arbeitnehmerschutz und der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV

Somit wird gerade bei der Arbeitnehmerentsendung das Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz der entsandten Arbeitnehmer und der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV deutlich.[17] Das Recht von EU-Arbeitgebern zum grenzüberschreitenden Arbeitnehmereinsatz mittels Entsendung fällt in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV.[18] Daher müssen die Regelungen

[12] vgl. hierzu Wolff./.Müller EuGH Slg. 2004, I-9553; Kocher NZA 2007, 604.

[13] vgl. zu dem für die Bauwirtschaft vermeintlich schädlichen Prozess u. a. Schwab NZA-RR 2004, 1.

[14] siehe hierzu Riesenhuber a. a. O.; Koenigs, DB 2002, 1271; ferner Fuchs/Marhold a. a. O., S. 546 wonach der Begriff „Sozialdumping“ in der Regel zur Rechtfertigung von Protektionsmaßnahmen zu Gunsten heimischer Märkte missbraucht wird.

[15] Riesenhuber a. a. O. sowie Deinert, RdA 1996, 339.

[16] vgl. die Forderung des französischen Industrieministers Montebourg nach Lohnerhöhungen in Deutschland; u. a. Rheinische Post vom 16. April 2013.

[17] vgl. van der Elst EuGH Slg. 1994 I-3803; Webb I EuGH Slg. 1981, 3305; Selmayr ZfA 1996, 644; Kort NZA 2002, 1253; Fuchs/Marhold Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, S. 542; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, S. 273, 274; Schmidt Arbeitsrecht der Europäischen Gemeinschaft, S. 255, 256.

[18] vgl. van der Elst EuGH Slg. 1994 I-3803; Webb I EuGH Slg. 1981, 3305; Selmayr ZfA 1996, 644; Kort NZA 2002, 1253; Fuchs/Marhold Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, S. 542; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, S. 273, 274; Schmidt Arbeitsrecht der Europäischen Gemeinschaft, S. 255, 256.

zum Schutz von Arbeitnehmern bei der Entsendung auch das Spannungsverhältnis zur Dienstleistungsfreiheit berücksichtigen.[19]

Dagegen sind Konflikte mit der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV eher selten, da für die dort tätigen Arbeitnehmer das Recht der Niederlassung, also des Tätigkeitsstaates, zur Anwendung kommt. Im Vordergrund steht daher in Entsendungsfällen die Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit, da dieses Recht als produktions- bzw. leistungsbezogene Grundfreiheit weniger starken Einschränkungen unterliegt als die Niederlassungsfreiheit.[20] So muss sich ein Unternehmer, der sich in einem anderen Mitgliedsstaat niederlässt, grundsätzlich in die dortige Rechts- und Sozialordnung eingliedern, während demjenigen Unternehmen, das nur vorübergehend Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedsstaat erbringt, nicht die Befolgung sämtlicher Vorschriften des nationalen Rechts auferlegt werden kann.[21] Allerdings wird die Niederlassungsfreiheit dann relevant, wenn sich Arbeitgeber bzw. Dienstleister aus dem EU-Ausland darauf berufen, bestimmte Arbeitnehmerschutzpflichten bereits in ihrem Heimat- und damit Niederlassungsstaat erfüllt zu haben.[22]

11.3 EU-Richtlinie 96/71/EG (Entsende-Richtlinie) zum Schutz entsandter Arbeitnehmer und der Dienstleistungsfreiheit

Schutzvorschriften zugunsten von entsandten Arbeitnehmern enthält die EU-Richtlinie 96/71/EG[23]. Entsprechend den Erwägungsgründen Nr. 1, 2 und 5 bezweckt die Richtlinie allerdings nicht nur den Arbeitnehmerschutz[24], sondern dient – wie bereits ausgeführt – auch der Förderung der Dienstleistungsfreiheit. Durch die Richtlinie soll den entsendenden Unternehmen ein verlässliches Mindestmaß vorgegeben werden, was bei Dienstleistungen im EU-Ausland an Arbeitsbedingungen zu beachten ist.[25] So wird die Beseitigung von Hemmnissen und Förderung der Dienstleistungsfreiheit in den Erwägungsgründen Nr. 1–5 zur EU-Richtlinie 96/71/EG genannt. Die Entsende-Richtlinie bewegt sich somit in dem dargestellten Span-

[19] vgl. Erwägungsgründe 1, 2 und 5 der EU-Richtlinie 96/71/EG.

[20] Kort a. a. O., 1250; Rebhahn RdA 1999, 182; ferner zur Vereinbarkeit von Mindestlohn mit der Niederlassungsfreiheit www.vergabe.brandenburg.de, Information zur Anwendung von § 3 BdgVergG.

[21] vgl. u. a. Gebhard EuGH Slg. 1994, I-4165; Säger EuGH Slg. 1991, I-4421; Schiek a. a. O., S. 192.

[22] vgl. Guiot EuGH Slg. 1996, I-1905; Mazzoleni/ISA EuGH, Slg. 2001, I-2189; Arblade EuGH Slg. 1999, I-8453.

[23] vgl. Körner NZA 2007, 233 (236–238); Kowanz in Nägele, EG-Arbeitsrecht in der deutschen Praxis, S. 340, 341; Bayreuther EuZA 2014, 193, 194.

[24] Regelungen zum Schutz entsandter Arbeitnehmer sind auch in Art. 4 der Nachweis-Richtlinie 91/533/EWG enthalten.

[25] vgl. Rebhahn a. a. O., 177; Riesenhuber Europäisches Arbeitsrecht, S. 151, 152; Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler, AEntG, 3. Auflage, § 3 Rn. 4; vgl. ferner Erwägungsgrund Nr. 5 EU-Richtlinie 96/71/EG; ferner Rüffert EuGH Slg. 2008, I-1989, Rn. 36.

nungsfeld zwischen dem Mindestschutz von Arbeitnehmern einerseits und der Verwirklichung des freien Dienstleistungsverkehrs andererseits.[26]

Nach § 3 Abs. 1 der Entsende-Richtlinie haben die Mitgliedsstaaten dafür zu sorgen, dass unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht dem entsandten Arbeitnehmer bestimmte Mindestarbeits- und Beschäftigungsbedingungen durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften bzw. durch für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge garantiert und in den Buchstaben a) bis g) genauer bezeichnet werden.[27] Die in Art. 3 Abs. 1 Satz 1 der Entsende-Richtlinie durch die Mitgliedsstaaten zu garantierenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen betreffen insbesondere einen bezahlten Jahresurlaub und Mindestlohnsätze.[28] Wegen der Bereichsausnahme des Art. 153 Abs. 5 AEUV kann die Union selbst keinen unionsweiten Mindestlohn vorschreiben.[29] Vielmehr sind die Mitgliedsstaaten selbst verpflichtet, Mindestarbeits- und Mindestbeschäftigungsbedingungen im Entsendefall zu verabschieden.

Den Vorgaben des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG können die Mitgliedsstaaten entweder durch Schaffung von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften oder durch für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche nachkommen. So ist der allgemeine Mindestlohn von 8,50 € nach § 1 Abs. 2 MiLoG eine solche Rechtsvorschrift nach Art. 3 Abs. 1 erster Spiegelstrich der Richtlinie 96/71/EG.[30] Bei tariflichen Arbeitsbedingungen ergibt sich aber eine Einschränkung dadurch, dass diese nach Art. 3 Abs. 1 zweiter Spiegelstrich der Entsende-Richtlinie nur die allein im Anhang genannten Tätigkeiten betreffen, also alle Bauarbeiten, die der Errichtung, der Instandsetzung, der Instandhaltung, dem Umbau oder dem Abriss von Bauwerken dienen.[31] Die Beachtung tariflicher Arbeitsbedingungen außerhalb der Bauwirtschaft, wird von der Entsende-Richtlinie nicht gefordert.[32]

Bei der Umsetzung der Richtlinie steht den Mitgliedsstaaten ein Ermessen zu, bei dem sie allerdings die EU-Grundfreiheiten beachten müssen.[33] Die Richtlinie selbst verpflichtet die Mitgliedsstaaten aber vorrangig nur zur Garantie von Mindestlohnsätzen und einem bezahlten Mindestjahresurlaub, nicht aber dazu, die Beachtung eines darüber hinaus gehenden tarifvertraglichen Lohn- bzw. Vergü-

[26] vgl. Rüffert EuGH a. a. O. Rn. 36.

[27] vgl. Fuchs/Marhold a. a. O., S. 540; Riesenhuber a. a. O. § 6 Rn. 15–18; Thüsing a. a. O.

[28] Des Weiteren sind in Art. 3 Abs. 1 Satz 1 der Entsende-Richtlinie als Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen festzulegen: Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten, Überstundensätze, Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz, Schutzmaßnahmen von Schwangeren, Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen, Gleichbehandlung von Männern und Frauen sowie Nichtdiskriminierungsbestimmungen; vgl. Fuchs/Marhold a. a. O., S. 540, 541.

[29] vgl. hierzu Lembke NZA 2015, 70.

[30] vgl. hierzu Däubler NJW 2014, 1924; zu den Mindestlohnregelungen in Landesvergabegesetzen siehe unten 11.5.

[31] vgl. Kowanz in Nägele, EG-Arbeitsrecht in der deutschen Praxis, 345.

[32] vgl. Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler, AEntG, 3. Auflage, § 3 Rn. 2; Klumpp NJW 2008, 3476; ferner Kowanz a. a. O.

[33] vgl. Wolff/Müller EuGH Slg. 2004, I-9553; Koenigs DB 2002, 1271.

tungssystems sicherzustellen.[34] Nach den Erwägungsgründen 13 und 14 soll ein „harter Kern“ klar definierter Schutzbestimmungen zu Gunsten der Arbeitnehmer garantiert werden. Gleichwohl können die Mitgliedsstaaten über die Richtlinie hinausgehende zusätzliche Pflichten vorsehen – wie sich aus Erwägungsgrund 12 ergibt –, müssen dabei aber die Prinzipien des Gemeinschaftsrechts beachten.[35]

Insoweit hat sich bei dem EU-Gesetzgeber zu der Frage, ob die Arbeitsbedingungen des Herkunftsstaates oder die des Arbeitsortes entscheidend sind, ein Kompromiss durchgesetzt. Danach muss der Arbeitgeber des Entsendestaates einen „harten Kern“ an Arbeitsbedingungen im Sinne von § 3 EU-Richtlinie 96/71/EG gewährleisten,[36] dessen Einhaltung der Tätigkeitsstaat mit angemessenen Mitteln unter Beachtung der EU-Grundfreiheiten sicherstellen kann.[37]

11.4 Praktische Fallbeispiele

Der EuGH hatte sich daher in mehreren Entscheidungen damit auseinanderzusetzen, inwieweit die in nationalen Rechtsvorschriften vorgeschriebenen Mindestlöhne[38] oder Mindesturlaubsregelungen einschließlich der Verpflichtung zur Zahlung von Beiträgen an Urlaubs- und Schlechtwetterkassen[39] nicht nur bei grenznah tätigen Unternehmen[40], sondern auch bei EU-weit tätigen Unternehmen mit der Dienstleistungs- bzw. Niederlassungsfreiheit vereinbar ist, wenn sie in ihrem Niederlassungsstaat vergleichbaren Verpflichtungen unterworfen sind.[41]

11.4.1 Fall Guiot EuGH Slg. 1996, I-1905[42]

Ein in Luxemburg ansässiges Bauunternehmen Guiot weigerte sich, für vier Bauarbeiter, die vorübergehend auf einer Baustelle in Belgien eingesetzt waren, Schlechtwetter- und Treuemarken für belgische Schlechtwettergeldkassen und für belgische

[34] vgl. Laval un Partneri EuGH Slg. 2007, I-11767.

[35] siehe auch Art. 3 Abs. 7 Entsende-Richtlinie.

[36] vgl. Fuchs/Marhold a. a. O., S. 540; Kort a. a. O., 1250; ferner EU-Richtlinie 96/71/EG 14. Erwägungsgrund.

[37] Erwägungsgrund 12 Satz 2; vgl. ferner Wolff/Müller EuGH Slg. 2004, I-9553; Koenigs DB 2002, 1271.

[38] vgl. zur Bestimmung des Mindestlohns bei vermögenswirksamen Leistungen EuGH NZA 2013, 1359; Franzen EuZA 2014, 304.

[39] vgl. zum Urlaubskassenverfahren: Wank/Börgmann NZA 2001, 177; Heuschmid/Schierle in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 5 Rn. 116, 117.

[40] vgl. Guiot EuGH Slg. 1996, I-1905; Mazzoleni/ISA EuGH Slg. 2001, I-2189.

[41] vgl. Finalarte EuGH Slg. 2001, I-7831; Rüffert EuGH Slg. 2008, I-1989; Portugaia Construções EuGH Slg. 2002, I-787.

[42] siehe auch EuZW 1996, 399.

Betriebstreuekassen zu zahlen. Es handelte sich hierbei um zwei spezielle Sozialversicherungseinrichtungen der belgischen Bauwirtschaft. Dabei war von den zu zahlenden Beiträgen ein – wenn auch nur geringer – Anteil zur Deckung der Verwaltungskosten bestimmt. Guiot war bereits zuvor entsprechenden Verpflichtungen nach luxemburgischen Recht für alle betroffenen Arbeiter nachgekommen. Wegen der Nichtzahlung wurde gegen den Inhaber des luxemburgischen Unternehmens vor einem belgischen Strafgericht Klage erhoben. Dieses legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die Dienstleistungsfreiheit verletzt sei.

Nach Feststellung des EuGH waren die Beschäftigten gegen dieselben Risiken bereits nach entsprechenden Regelungen des luxemburgischen Arbeits- und Sozialrechts abgesichert. In beiden Ländern bestanden Regelungen, die zum einen die Bauarbeiter gegen das Risiko einer Arbeitseinstellung und damit eines Lohnverlustes wegen Schlechtwetters schützen, und zum anderen ihre Treue zu dem betreffenden Beschäftigungssektor belohnen sollten. Da Guiot hierfür auch die erforderlichen Beiträge entrichtet hatte, unterlag es einer doppelten Beitragspflicht. Hierin liegt nach Auffassung des EuGH eine unzulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit selbst für den Fall, dass die Beitragspflicht in Belgien unterschiedslos für einheimische Dienstleistende als auch für Dienstleistende anderer Mitgliedsstaaten galt.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Die Dienstleistungsfreiheit verlangt nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung des in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen – selbst wenn sie unterschiedslos für einheimische Dienstleistende wie für Dienstleistende anderer Mitgliedstaaten gelten -, wenn sie geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen. (Rn. 10)
2. Außerdem darf, auch wenn eine Harmonisierung in diesem Bereich fehlt, der freie Dienstleistungsverkehr als fundamentaler Grundsatz des Vertrages nur durch Regelungen beschränkt werden, die durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind und die für alle im Hoheitsgebiet des Bestimmungsstaats tätigen Personen oder Unternehmen gelten, und zwar nur insoweit, als dem Allgemeininteresse nicht bereits durch die Vorschriften Rechnung getragen wird, denen der Dienstleistende in dem Mitgliedstaat unterliegt, in dem er ansässig ist. (Rn. 11)
3. Somit ist erstens zu prüfen, ob die Anforderungen des belgischen Rechts einschränkende Auswirkungen auf den freien Dienstleistungsverkehr haben, und zweitens, ob gegebenenfalls in dem betreffenden Tätigkeitsbereich zwingende Gründe des Allgemeininteresses derartige Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen. Ist dies der Fall, so ist außerdem zu prüfen, ob dem Allgemeininteresse nicht bereits durch die Vorschriften des Staates, in dem der Dienstleistende ansässig ist, Rechnung getragen wird und ob das gleiche Ergebnis nicht durch weniger einschränkende Vorschriften erreicht werden kann. (Rn. 13)

4. Zunächst ist festzustellen, dass eine nationale Regelung, die den Arbeitgeber, der als Dienstleistender im Sinne des Vertrages tätig wird, verpflichtet, zusätzlich zu den Beiträgen, die er bereits an den Sicherheitsfonds des Staates, in dem er ansässig ist, abgeführt hat, Arbeitgeberbeiträge an den Sicherheitsfonds des Aufnahmemitgliedstaats zu entrichten, dem Arbeitgeber eine zusätzliche wirtschaftliche Belastung auferlegt, so dass er sich unter Wettbewerbsgesichtspunkten nicht in der gleichen Lage befindet wie die im Aufnahmestaat ansässigen Arbeitgeber. (Rn. 14)
5. Daher kann eine solche Regelung, selbst wenn sie unterschiedslos für einheimische Dienstleistende wie für Dienstleistende anderer Mitgliedstaaten gilt, eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne von Art. 59 (nunmehr Art. 56 AEUV) darstellen. Allerdings ist einzuräumen, dass das Allgemeininteresse am sozialen Schutz der Arbeitnehmer des Bausektors wegen der besonderen Bedingungen dieses Sektors ein zwingender Grund sein kann, der eine solche Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigt. (Rn. 15, 16)
6. Dies wäre jedoch dann nicht der Fall, wenn die betreffenden Arbeitnehmer aufgrund der Arbeitgeberbeiträge, die der Arbeitgeber bereits im Mitgliedstaat seiner Niederlassung entrichtet hat, den gleichen oder einen im wesentlichen vergleichbaren Schutz genießen würden. Daher ist zu prüfen, ob die Anforderungen der Regelung des Niederlassungsstaats die gleichen sind wie die der Regelung des Staates, in dem die Dienstleistung erbracht wird, hier des Königreichs Belgien, oder jedenfalls mit ihnen vergleichbar sind. (Rn. 17, 18)
7. Daher die Dienstleistungsfreiheit es einem Mitgliedsstaat, ein Unternehmen, das in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und vorübergehend Arbeiten im erstgenannten Staat ausführt, zu verpflichten, Arbeitgeberbeiträge für "Treuemarken" und "Schlechtwettermarken" für die Arbeitnehmer zu entrichten, die mit der Durchführung dieser Arbeiten betraut waren, wenn dieses Unternehmen bereits vergleichbare Beiträge in dem Staat, in dem es ansässig ist, zahlen muss. (Rn. 22)

11.4.2 Fall Mazzoleni/ISA EuGH Slg. 2001, I-2189[43]

Das französische Bewachungsunternehmen Mazzoleni hatte 1996 und 1997 13 Arbeitnehmer zur Bewachung eines Einkaufszentrums im belgischen Arlon eingesetzt. Einige von ihnen waren in Belgien vollzeitbeschäftigt, andere wurden sowohl in Belgien als auch in Frankreich eingesetzt. Bei einer Kontrolle des grenznah tätigen Unternehmens wurde festgestellt, dass die Arbeitnehmer nicht nach dem in Belgien geltenden allgemeinverbindlichen Tarifvertrag entlohnt wurden, sondern nach dem etwas geringeren französischen Mindestlohn, wobei sie aber auch von den etwas geringeren französischen Steuersätzen profitierten. Wegen Nichtbeachtung der Verpflichtungen zur Zahlung der belgischen Mindestlöhne wurde gegen Maz-

[43] siehe auch NZA 2001, 554; EuZW 2001, 315; BB 2001, 698.

zoleni ein Strafverfahren eröffnet, im Rahmen dessen dem EuGH die Rechtssache zur Prüfung der Vereinbarkeit der Mindestlohnsätze mit der Dienstleistungsfreiheit vorgelegt wurde.

Der EuGH bestätigt in dieser Entscheidung zunächst, dass die Anwendung von Mindestlöhnen auf gesetzlicher Grundlage ein zwingendes Allgemeininteresse darstellt, das eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen könne. Allerdings sei die Anwendung von Mindestlohn-Vorschriften des Aufnahmestaates dann unverhältnismäßig, wenn das damit verfolgte Allgemeininteresse bereits durch Vorschriften des Herkunftslandes erfüllt werde. Das Ziel des Aufnahmemitgliedsstaates, das gleiche soziale Schutzniveau sicherzustellen wie es in seinem Hoheitsgebiet für Arbeitnehmer desselben Sektors gilt, könne dann als verwirklicht angesehen werden, wenn sich alle betroffenen Arbeitnehmer im Aufnahmemitgliedsstaat und im Niederlassungsmitgliedsstaat hinsichtlich des Entgeltes, der Steuerlast und der Sozialabgaben in einer insgesamt gleichen Lage befinden. Bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit der Bezahlung muss nicht nur die Höhe des Entgeltes sondern auch die Dauer der Entsendung – gerade im grenznahen Bereich – sowie die Höhe der Sozialabgaben und der steuerlichen Belastung berücksichtigt werden.

Ergänzend dazu sei auch zu berücksichtigen, ob die entsandten Arbeitnehmer weiterhin der Operationsbasis ihres ausländischen Arbeitgebers in dessen Niederlassungsstaat oder in dem Tätigkeitsstaat angehören. Nur bei Berücksichtigung all dieser Umstände könne im Ergebnis entschieden werden, ob die Dienstleistungsfreiheit durch übergeordnete Interessen des Arbeitnehmerschutzes in verhältnismäßiger Weise eingeschränkt werden kann. Zudem müsse auch im Interesse des Dienstleistenden berücksichtigt werden, dass die Anwendung nationaler Mindestlöhne dann unverhältnismäßig sei, wenn dies bei einer grenznahen Tätigkeit mit zusätzlichen erheblichen Verwaltungskosten verbunden sei. Die zuständigen Gerichte oder Behörden des Aufnahmemitgliedsstaates müssen daher beurteilen, ob das Erfordernis einer stundenweisen Berechnung des angemessenen Entgelts für jeden Arbeitnehmer überhaupt erforderlich sei.[44]

Die wichtigsten Leitsätze

1. Der freie Dienstleistungsverkehr darf als fundamentaler Grundsatz des Vertrages nur durch Regelungen beschränkt werden, die durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind und für alle im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats tätigen Personen oder Unternehmen gelten, soweit dieses Interesse nicht durch die Vorschriften geschützt wird, denen der Dienstleistende in dem Mitgliedstaat unterliegt, in dem er ansässig ist. (Rn. 25)
2. Die Anwendung der nationalen Regelungen eines Mitgliedstaats auf in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Dienstleistende muss geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist. (Rn. 26)

[44] vgl. zum Fall Mazzoleni/ISA u. a. Schlachter NZA 2002, 1242; Kort NZA 2002, 1248.

3. Zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehört der Schutz der Arbeitnehmer. Hinsichtlich der Vorschriften über Mindestlöhne ist es den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, ihre Rechtsvorschriften oder Tarifverträge über Mindestlöhne unabhängig davon, in welchem Land der Arbeitgeber ansässig ist, auf alle Arbeitnehmer zu erstrecken, die in ihrem Hoheitsgebiet, und sei es auch nur vorübergehend, tätig sind. Folglich können die Rechtsvorschriften oder Tarifverträge eines Mitgliedstaats, die einen Mindestlohn garantieren, grundsätzlich auf die Arbeitgeber, die im Hoheitsgebiet dieses Staates Dienstleistungen erbringen, angewandt werden, unabhängig davon, in welchem Land sie ansässig sind. (Rn. 27, 28)
4. Es kann jedoch Umstände geben, unter denen die Anwendung solcher Vorschriften im Hinblick auf das angestrebte Ziel, den Schutz der betroffenen Arbeitnehmer, nicht verhältnismäßig ist. So sieht die französische Regelung zwar einen niedrigeren Mindestlohn vor als die belgische, doch muss die Gesamtsituation berücksichtigt werden, d. h. nicht nur das Entgelt, sondern auch die steuerliche Belastung und die Belastung durch Sozialabgaben. (Rn. 30, 33)
5. Die nationalen Behörden des Aufnahmemitgliedstaats müssen vor deren Anwendung auf einen in einer angrenzenden Region eines anderen Mitgliedstaats ansässigen Dienstleistenden prüfen, ob die Anwendung dieser Regelung für den Schutz der betroffenen Arbeitnehmer erforderlich und insoweit verhältnismäßig ist. (Rn. 34)
6. Das Ziel des Aufnahmemitgliedstaats, ein gleiches soziales Schutzniveau sicherzustellen wie es in seinem Hoheitsgebiet für Arbeitnehmer desselben Sektors gilt, kann nämlich als verwirklicht angesehen werden, wenn sich alle betroffenen Arbeitnehmer im Aufnahmemitgliedstaat und im Niederlassungsmitgliedstaat hinsichtlich des Entgelts, der Steuerlast und der Sozialabgaben in einer insgesamt gleichen Lage befinden. (Rn. 35)
7. Ferner kann die Anwendung der nationalen Vorschriften des Aufnahmemitgliedstaats über Mindestlöhne auf Dienstleistende, die in einer an den Aufnahmemitgliedstaat angrenzenden Region eines anderen Mitgliedstaats ansässig sind, zum einen zu unverhältnismäßig hohen zusätzlichen Verwaltungskosten führen, etwa für eine stundenweise Berechnung des angemessenen Entgelts für jeden Arbeitnehmer, je nachdem, ob er während seiner Arbeit die Grenze zu einem anderen Mitgliedstaat überschritten hat, und zum anderen zur Zahlung unterschiedlich hoher Entgelte an die Beschäftigten, die alle derselben Operationsbasis angehören und die gleiche Arbeit leisten. Die zuletzt genannte Auswirkung könnte wiederum Spannungen zwischen den Beschäftigten zur Folge haben und sogar die Kohärenz der im Niederlassungsmitgliedstaat geltenden Tarifverträge bedrohen. (Rn. 36)
8. Somit verwehrt es die Dienstleistungsfreiheit einem Mitgliedstaat nicht, einem Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat die Verpflichtung aufzuerlegen, seinen Arbeitnehmern die in den nationalen Vorschriften des Tätigkeitsstaates festgelegten Mindestlöhne zu zahlen. Dies kann sich jedoch als unverhältnismäßig erweisen, wenn es sich um Beschäftigte eines

Unternehmens mit Sitz in einer grenznahen Region handelt, die einen Teil ihrer Arbeit in Teilzeit und für kurze Zeiträume im Hoheitsgebiet eines oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten als desjenigen erbringen müssen, in dem das Unternehmen seinen Sitz hat. (Rn. 41)

9. Die zuständigen Behörden des Aufnahmemitgliedstaats müssen daher feststellen, ob und inwieweit die Anwendung einer nationalen Regelung, die einen Mindestlohn vorschreibt, auf ein solches Unternehmen erforderlich und verhältnismäßig ist, um den Schutz der betroffenen Arbeitnehmer sicherzustellen. (Rn. 41)

11.4.3 Fall Finalarte EuGH Slg. 2001, I-7831[45]

Das in Portugal niedergelassene Unternehmen Finalarte Sociedade de Construção Civil L^{da} hatte Arbeitnehmer nach Deutschland entsandt und wurde von der dortigen Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft aufgefordert, Beiträge zu zahlen und für die Berechnung dieser Beiträge Auskünfte zu erteilen. Streitgegenstand war daher die Verpflichtung des portugiesischen Arbeitgebers zur Zahlung von Beiträgen zur Urlaubskasse des deutschen Baugewerbes. Nach der derzeitigen Regelung des § 5 Nr. 3 Arbeitnehmerentsendegesetz (vormals § 1 Abs. 3 AEntG) i. V. m. den einschlägigen Regelungen des Bundesrahmentarifvertrags für das Baugewerbe (BRTV) müssen Arbeitgeber auf deutschen Baustellen Beiträge zur Urlaubskasse des deutschen Baugewerbes, einer gemeinsamen Einrichtung der Tarifparteien des Baugewerbes, abführen.

Die Einrichtung einer Urlaubskasse soll es Arbeitnehmern des Baugewerbes ermöglichen, trotz der häufigen Arbeitgeberwechsel den gesetzlichen Jahresurlaub von vier Wochen tatsächlich beanspruchen zu können, obwohl die gesetzliche Wartezeit von 6 Monaten im Baugewerbe oft nicht erreicht wird. Nach dem BRTV erwerben die Beschäftigten des Baugewerbes in 16,5 Arbeitstagen je einen Urlaubstag. Die Urlaubsansprüche für alle Arbeitsverhältnisse des Baugewerbes werden zusammengerechnet und können ab einer Urlaubslänge von 9 Arbeitstagen gegenüber dem Arbeitgeber, bei dem gerade ein Arbeitsverhältnis besteht, beansprucht werden. Um eine überproportionale Belastung eines Arbeitgebers zu vermeiden, zahlen alle Arbeitgeber Beiträge zur Urlaubskasse, die dem Arbeitgeber, der den Urlaub gewährt, die Aufwendungen für die Entgeltfortzahlung im Urlaub erstattet. Ferner bestehen für entsendende Arbeitgeber umfassendere Mitteilungs- und Dokumentationspflichten gegenüber der Urlaubskasse als dies für inländische Arbeitgeber der Fall ist.[46]

Der EuGH hält es grundsätzlich für möglich, dass nationale Urlaubsregelungen im Interesse des Arbeitnehmerschutzes auch für ausländische Arbeitgeber zur Anwendung kommen. Dies gelte auch für den Fall, dass mehr Urlaub gewährt wird, als nach den EU-Mindestvorschriften des Art. 7 der Richtlinie 93/104 (vier Wo-

[45] siehe auch NZA 2001, 1377; EuZW 2001, 759; DB 2001, 2723.

[46] vgl. u. a. §§ 18, 19 AEntG; §§ 14, 15 MiArbG; §§ 6, 8 BdgVergG; §§ 4–6 BerlAVG.

chen) vorgesehen sei. Allerdings müsse feststehen, dass diese Regelungen für alle Arbeitgeber gelten und den Arbeitnehmern hierdurch ein echter Vorteil gegenüber der Regelung im Heimatland entstünde. Ergänzend sei zudem zu prüfen, ob die Regelung im Hinblick auf die Verwirklichung dieses Zieles auch verhältnismäßig sei. Dabei seien die administrativen und wirtschaftlichen Belastungen des Arbeitgebers gegen den zusätzlichen sozialen Schutz abzuwägen.[47] Im konkreten Fall sah der EuGH sowohl in der Einbeziehung in die Urlaubskassenregelung als auch in den zusätzlichen Dokumentationspflichten eine mögliche Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit.

Der EuGH überließ es dem nationalen Gericht, festzustellen, ob den Arbeitnehmern nach deutschem Recht ein längerer Urlaub und/oder ein höheres Urlaubsentgelt zustehe als nach portugiesischem, so dass ihnen wirkliche Vorteile durch die Einbeziehung in den Geltungsbereich des BRTV entstünden. Hierfür müsse auch geprüft werden, ob die Arbeitnehmer praktisch nach ihrer Rückkehr die Ansprüche mit vertretbarem Aufwand geltend machen können. Zudem müsse untersucht werden, ob die zusätzlichen Auskunfts-, Kontroll- und Dokumentationspflichten in Anbetracht vergleichbarer Dokumente und Unterlagen im Niederlassungsstaat überhaupt verhältnismäßig seien.[48] Abschließend verwies der EuGH darauf, dass Maßnahmen, die eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellen, nicht durch Ziele wirtschaftlicher Art – wie z. B. der Schutz inländischer Unternehmen – zu rechtfertigen seien. Allein zwingende und unabwendbare Interessen des Arbeitnehmerschutzes könne eine solche Einschränkung unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit rechtfertigen.[49]

Die wichtigsten Leitsätze

1. Die Anwendung der nationalen Regelungen des Aufnahmemitgliedstaats auf Dienstleistende ist geeignet, Dienstleistungen zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, soweit daraus zusätzliche Kosten und zusätzliche administrative und wirtschaftliche Belastungen folgen. Sie muss geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Zieles zu gewährleisten, und darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist. Zu den anerkannten zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehört der Schutz der Arbeitnehmer. (Rn. 30, 32, 33)
2. Die Anwendung des AEntG auf die außerhalb Deutschlands ansässigen Dienstleistenden stellt für diese eine Steigerung der Kosten und der administrativen und wirtschaftlichen Belastungen dar, so dass eine Beeinträchtigung

[47] vgl. hierzu auch Fuchs/Marhold a. a. O., S. 542, 543.

[48] Das BAG hat dann nach Zurückverweisung entschieden, dass die frühere Fassung des AEntG vor dem 1. Januar 1999 nicht mit der Dienstleistungsfreiheit (seinerzeit Art. 49 EG) vereinbar sei, da nur inländischen, nicht aber ausländischen Arbeitnehmern ermöglicht wurde, durch eine besondere Vereinbarung der Anwendung des Urlaubskassen-Tarifvertrages zu entgehen. Zugleich wurde festgestellt, dass die seit dem 1. Januar 1999 für das Urlaubskassenverfahren bestehende Regelung mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar sei; vgl. BAG AP Nr. 18 zu § 1 AEntG.

[49] vgl. zum Fall Finalarte u. a. Schlachter NZA 2002, 1242; dieselbe Casebook Europäisches Arbeitsrecht, S. 101, 102; Kort NZA 2002, 1249.

der Dienstleistungsfreiheit vorliegt. So haben diese Dienstleistenden insbesondere Verwaltungsformalitäten zu beachten, wozu auch die Verpflichtung gehört, der Kasse Auskünfte zu erteilen. Eine derartige Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit kann nur gerechtfertigt sein, wenn sie erforderlich ist, um ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel effektiv und mit den geeigneten Mitteln zu verfolgen. (Rn. 35, 36, 37)

3. Dem AEntG lässt sich das erklärte Ziel entnehmen, die deutschen Unternehmen des Baugewerbes gegen den steigenden Wettbewerbsdruck im europäischen Binnenmarkt, also gegen ausländische Dienstleistende zu schützen. Mit einem solchen Gesetz soll vor allem angeblich unfairer Wettbewerb durch europäische Billiglohnunternehmen bekämpft werden. Eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit lässt sich aber nicht durch Ziele wirtschaftlicher Art wie den Schutz der inländischen Unternehmen rechtfertigen. (Rn. 38, 39)
4. Hinsichtlich des weiteren Zieles des Arbeitnehmerschutzes ist zu prüfen, ob diese Regelung den betroffenen Arbeitnehmern einen tatsächlichen Vorteil verschafft, der deutlich zu ihrem sozialen Schutz beiträgt. So ist es möglich, dass dem Arbeitnehmer nach der deutschen Regelung mehr Urlaubstage und ein höheres Urlaubsgeld pro Tag zustehen als nach den Rechtsvorschriften des Niederlassungsmitgliedstaats seines Arbeitgebers. Außerdem erlaubt das Urlaubskassenverfahren den Arbeitnehmern, die zu einem in Deutschland ansässigen Unternehmen wechseln möchten, ihre Urlaubsansprüche mitzunehmen. (Rn. 42, 44)
5. Es ist zu prüfen, ob derartige potenzielle Vorteile den entsandten Arbeitnehmern einen tatsächlichen zusätzlichen Schutz gewähren. Dabei ist erstens zu berücksichtigen, welchen Schutz die Arbeitnehmer in Bezug auf bezahlten Urlaub bereits nach der Regelung des Niederlassungsmitgliedstaats ihres Arbeitgebers genießen. Denn die in Rede stehende Regelung gewährt den entsandten Arbeitnehmern dann keinen tatsächlichen zusätzlichen Schutz, wenn diese nach der Regelung des Niederlassungsmitgliedstaats ihres Arbeitgebers den gleichen oder einen im Wesentlichen vergleichbaren Schutz genießen. (Rn. 45)
6. Sodann ist zu prüfen, ob die betroffenen Arbeitnehmer nach ihrer Rückkehr in den Niederlassungsmitgliedstaat ihres Arbeitgebers tatsächlich in der Lage sind, ihre Ansprüche auf Zahlung der Urlaubsvergütungen bei der Kasse geltend zu machen, wobei insbesondere zu berücksichtigen ist, welche Formalitäten sie dafür zu erledigen haben, welcher Sprache sie sich bedienen müssen und wie die Zahlungsmodalitäten beschaffen sind. (Rn. 48)
7. Sollte die Regelung ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel verfolgen, das im Schutz der Arbeitnehmer besteht, die von außerhalb Deutschlands ansässigen Dienstleistenden beschäftigt werden, müsste unter Berücksichtigung aller einschlägigen Gesichtspunkte ebenfalls geprüft werden, ob diese Regelung im Hinblick auf die Verwirklichung dieses Zieles verhältnismäßig ist. Zu diesem Zweck wären einerseits die dem Dienstleistenden aufgrund dieser Regelung entstehenden administrativen und wirtschaftlichen Belastungen und andererseits der zusätzliche soziale Schutz, den sie den Arbeitnehmern im Vergleich zur Regelung des Niederlassungsmitgliedstaats ihres Arbeitgebers gewährt, gegeneinander abzuwägen. (Rn. 49, 50)

8. Insoweit müsste geprüft werden, ob das Ziel, den nach Deutschland entsandten Arbeitnehmern mehr Urlaubstage und ein höheres Urlaubsgeld pro Tag zu gewähren, als ihnen nach den Rechtsvorschriften des Niederlassungsmitgliedstaats ihres Arbeitgebers zustehen, durch weniger einschneidende Vorschriften erreicht werden kann als diejenigen, die sich aus der hier fraglichen Regelung ergeben, z. B. durch eine Verpflichtung des außerhalb Deutschlands ansässigen Arbeitgebers, für die Dauer der Entsendung unmittelbar an den Arbeitnehmer die Urlaubsvergütungen zu zahlen, die ihm nach den deutschen Vorschriften zustehen. (Rn. 51)
9. Daher steht die Dienstleistungsfreiheit nur dann einer Regelung wie dem AEntG nicht entgegen, sofern die Arbeitnehmer nach den Rechtsvorschriften des Niederlassungsmitgliedstaats ihres Arbeitgebers keinen im Wesentlichen vergleichbaren Schutz genießen, so dass die Anwendung der nationalen Regelung deutlich zu ihrem sozialen Schutz beiträgt und die Anwendung dieser Regelung verhältnismäßig ist. (Rn. 53)
10. Es ist schließlich Sache des vorlegenden Gerichts, unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu ermitteln, welche Arten von Auskünften die deutschen Behörden von den außerhalb Deutschlands ansässigen Dienstleistenden zulässigerweise verlangen können. Zu diesem Zweck hat das vorlegende Gericht zu beurteilen, ob objektive Unterschiede zwischen der Situation von in Deutschland ansässigen Unternehmen und derjenigen von außerhalb Deutschlands ansässigen Unternehmen die von Letzteren verlangten zusätzlichen Auskünfte sachlich erforderlich machen. (Rn. 75)

11.4.4 Fall Portugaia Construções EuGH Slg. 2002, I-787[50]

Der portugiesischen Firma Portugaia Construções wurde im Rahmen eines Straf- bzw. Bußgeldverfahrens der Verfall des Erlangten in Höhe von 138.018,52 DM angeordnet. Die Summe entsprach der Differenz zwischen dem zu zahlenden und dem tatsächlich gezahlten Stundenlohn, multipliziert mit den insgesamt geleisteten Arbeitsstunden auf einer Baustelle in Tauberbischofsheim. Das AG Tauberbischofsheim hielt das AEntG wegen seiner überwiegend wirtschaftlichen Zwecksetzung (Schutz der nationalen Bauwirtschaft und Abbau der nationalen Arbeitslosigkeit) für nicht mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar und wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass ein inländischer Arbeitgeber die Anwendung des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags durch Abschluss eines Firmentarifvertrags ausschließen könne, während dies einem ausländischen Arbeitgeber nicht möglich sei.

Der EUGH wiederholte zunächst seine ständige Rechtsprechung, wonach der Schutz der Arbeitnehmer es grundsätzlich rechtfertigen könne, von einem Dienstleister die Zahlung des gesetzlichen oder tariflichen Mindestlohnes auch an entsandte Arbeitnehmer zu verlangen, obwohl diese Anforderung grundsätzlich eine

[50] siehe auch NZA 2002, 207; EuZW 2002, 245; DB 2002, 430.

Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstelle. Voraussetzung sei aber, dass die nationalen Regelungen geeignet sind, das verfolgte Ziel zu erreichen und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist. So könne die Verpflichtung zur Zahlung eines Mindestlohnes eine unzulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellen, wenn die Regelung den Arbeitnehmern tatsächlich keinen deutlichen Vorteil verschaffe. Ferner sei ein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit dann gegeben, wenn es – wie in diesem Fall – einem inländischen Arbeitgeber ermöglicht werde, sich durch Abschluss eines Firmentarifvertrages von der Verpflichtung zur Zahlung eines Mindestlohnes zu entziehen und einem ausländischen nicht.[51]

Die wichtigsten Leitsätze

1. Die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 59 EG-Vertrag (nunmehr Art. 56 AEUV) verlangt nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung des in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen – selbst wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistende wie für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten -, sofern sie geeignet sind, die Tätigkeiten des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und der dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen. (Rn. 16)
2. Ein Mitgliedstaat darf insbesondere die Erbringung von Dienstleistungen in seinem Hoheitsgebiet nicht von der Einhaltung all derjenigen Voraussetzungen abhängig machen, die für eine Niederlassung gelten, und damit den Bestimmungen des EG-Vertrags, deren Ziel es gerade ist, die Dienstleistungsfreiheit zu gewährleisten, jede praktische Wirksamkeit nehmen. (Rn. 17)
3. In dieser Hinsicht ist die Anwendung nationaler Regelungen des Aufnahmemitgliedstaats für Dienstleistende, die zusätzliche administrative und wirtschaftliche Kosten und Belastungen verursachen, geeignet, Dienstleistungen von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Personen oder Unternehmen zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen. (Rn. 18)
4. Solche Regelungen können, sofern sie für alle im Aufnahmemitgliedstaat tätigen Personen oder Unternehmen gelten, jedoch gerechtfertigt sein, wenn sie auf zwingenden Gründen des Allgemeininteresses beruhen, soweit dieses Interesse nicht bereits durch Vorschriften geschützt wird, denen der Dienstleistende in dem Mitgliedstaat unterliegt, in dem er ansässig ist, und sofern sie geeignet sind, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, ohne über das hinauszugehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist. (Rn. 19)
5. Zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehört der Schutz der Arbeitnehmer. Das Gemeinschaftsrecht verwehrt es einem Mitgliedstaat grundsätzlich nicht, einem Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mit-

[51] vgl. zum Fall Portugaia Construções u. a. Sittard NZA 2009, 349; Maier NZA 2009, 353.

gliedstaat, das Dienstleistungen im erstgenannten Mitgliedstaat erbringt, die Verpflichtung aufzuerlegen, seinen Arbeitnehmern die durch die nationalen Vorschriften dieses Staates festgelegten Mindestlöhne zu zahlen. (Rn. 20, 21)

6. Es kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass der Aufnahmemitgliedstaat mit der Anwendung seiner Regelung über den Mindestlohn auf Dienstleistende, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind, im Allgemeininteresse handelt, nämlich zum Schutz der Arbeitnehmer. Es kann jedoch Umstände geben, unter denen die Anwendung solcher Vorschriften nicht mit Art. 59 EG-Vertrag (nunmehr Art. 56 AEUV) vereinbar ist. Die nationalen Behörden und Gerichte des Aufnahmemitgliedstaats haben daher, bevor sie die Regelung über den Mindestlohn auf Dienstleistende anwenden, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind, festzustellen, ob mit dieser Regelung tatsächlich und mit den angemessenen Mitteln ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel verfolgt wird. (Rn. 22, 23, 24)
7. Nach dem AEntG soll die nationale Bauwirtschaft im Interesse des Abbaus der Arbeitslosigkeit geschützt werden, um soziale Spannungen zu vermeiden. Maßnahmen, die eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellen, lassen sich aber nicht durch Ziele wirtschaftlicher Art wie den Schutz der inländischen Unternehmen rechtfertigen. (Rn. 25, 26)
8. Hinsichtlich des Arbeitnehmerschutzes ist zu prüfen, ob diese Regelung den betroffenen Arbeitnehmern einen tatsächlichen Vorteil verschafft, der deutlich zu ihrem sozialen Schutz beiträgt. In diesem Zusammenhang kann die erklärte Absicht des Gesetzgebers zu einer eingehenderen Prüfung der Vorteile führen, die den Arbeitnehmern durch die von ihm getroffenen Maßnahmen angeblich gewährt werden. (Rn. 29)
9. In der Sache stellt es eine nicht gerechtfertigte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar, wenn ein inländischer Arbeitgeber den in einem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag festgesetzten Mindestlohn durch den Abschluss eines Firmentarifvertrags unterschreiten kann, während dies einem Arbeitgeber, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist, nicht möglich ist. (Rn. 35)

11.4.5 Fall Rüffert EuGH Slg. 2008, I-1989[52]

Ein polnisches Bauunternehmen hatte den Zuschlag für Arbeiten an der Justizvollzugsanstalt Göttingen erhalten und dort polnische Arbeitnehmer eingesetzt, die nur etwa 50 % des in Niedersachsen tariflich vorgesehenen Baulohnes erhielten. Die Entlohnung entsprach den in Polen üblichen Löhnen auf Baustellen. Nachdem das Land Niedersachsen von der Bezahlung Kenntnis erhalten hat, kündigte es den Bauvertrag. Das polnische Bauunternehmen meldete daraufhin Insolvenz an. Gegen den Hauptverantwortlichen des in Polen ansässigen Unternehmens erging ein Strafbefehl, der den Vorwurf enthielt, den auf der Baustelle eingesetzten 53 Arbeitnehmern

[52] siehe auch NJW 2008, 3485; NZA 2008, 537; EuZW 2008, 306.

nur 46,57 % des gesetzlich vorgesehen Mindestlohns ausgezahlt zu haben. Der Insolvenzverwalter Rüffert verlangte vom Land Niedersachsen den vollen Werklohn und das LG Hannover und OLG Celle hatten zu entscheiden, ob die Kündigung des Bauvertrages aufgrund einer Verletzung von Tariftreuepflichten wirksam sei.

Auf Vorlage des Rechtsstreits durch das OLG Celle stellte der EuGH fest, dass die Tariftreuepflichten nach dem niedersächsischen Landesvergabegesetz mit der Dienstleistungsfreiheit nicht vereinbar seien. Nach Auffassung des EuGH könne das Landesvergabegesetz im vorliegenden Fall eine Einschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs nicht rechtfertigen. Da das Landesvergabegesetz selbst keinen Mindestlohn festgelegt hatte, konnte es nicht als Rechtsvorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 erster Gedankenstrich der EU-Richtlinie 96/71/EG – der einen harten Kern klar definierter Schutzbestimmungen enthält – angesehen werden. Der Tarifvertrag war auch nicht allgemeinverbindlich und galt daher nur für einen Teil der Bautätigkeit. Zudem bezieht sich das niedersächsische Vergabegesetz nur auf öffentliche Aufträge, so dass die Vergabe privater Aufträge nach wie vor unabhängig von den Mindestlohnansätzen erfolgte.[53] Die Kündigung des Bauvertrages verstieß daher gegen die Dienstleistungsfreiheit, so dass im Rahmen des fortgesetzten Zivilrechtsstreits auf Zahlung des noch offenen Werklohns von einer unwirksamen Kündigung des Landes Niedersachsen auszugehen war.[54]

Die wichtigsten Leitsätze

1. Nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 sind bei der staatenübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen im Bausektor den entsandten Arbeitnehmern die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen bezüglich der in den Buchst. a bis g dieser Bestimmung genannten Aspekte zu garantieren, zu denen nach Buchst. c die Mindestlohnsätze zählen. Diese Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen sind durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche festzulegen. (Rn. 21)
2. Eine Gesetzesnorm wie das Landesvergabegesetz, die selbst keinen Mindestlohnsatz festlegt, kann nicht als Rechtsvorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 erster Gedankenstrich der Richtlinie 96/71 angesehen werden. (Rn. 24)
3. Nach Art. 3 Abs. 7 steht die Entsende-Richtlinie nicht der Anwendung von für die Arbeitnehmer günstigeren Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen entgegen. Diese Bestimmung lässt sich aber nicht dahin auslegen, dass sie einem Aufnahmemitgliedstaat erlaubt, die Erbringung einer Dienstleistung in

[53] Abschließend verwies der EuGH noch darauf, dass allein der Aspekt einer finanziellen Stabilität der sozialen Versicherungssysteme ebenfalls nicht ausreichend sei, um die Dienstleistungsfreiheit einzuschränken. Erst wenn eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Sozialversicherungssystems vorliege, können Mitgliedsstaaten im Einzelfall Mindestlohnregelungen vorsehen. Diese Voraussetzungen waren im vorliegenden Fall nicht gegeben.

[54] vgl. zum Fall Rüffert u. a. Bayreuther NZA 2008, 625; Jaap ZTR 2008, 476; Thüsing/Granetzny NZA 2009, 183.

seinem Hoheitsgebiet davon abhängig zu machen, dass Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen eingehalten werden, die über die zwingenden Bestimmungen über ein Mindestmaß an Schutz hinausgehen. (Rn. 33)

4. Folglich ist das Schutzniveau, das den entsandten Arbeitnehmern im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats garantiert wird, grundsätzlich auf das beschränkt, was Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. a bis g der Richtlinie 96/71 als sog. harten Kern vorsieht, es sei denn, die genannten Arbeitnehmer genießen bereits nach den Gesetzen oder Tarifverträgen im Herkunftsmitgliedstaat hinsichtlich der Aspekte, die die genannte Vorschrift betrifft, günstigere Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen. (Rn. 34)
5. Daher ist ein Mitgliedstaat nicht berechtigt, in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen nach der Richtlinie 96/71 einen Lohnsatz wie den im Baugewerbe-Tarifvertrag vorgesehenen vorzuschreiben. Diese Auslegung der Richtlinie 96/71 wird durch deren Würdigung im Licht des Art. 56 EG bestätigt, da diese Richtlinie insbesondere auf die Verwirklichung des freien Dienstleistungsverkehrs abzielt, der eine der vom EG-Vertrag garantierten Grundfreiheiten ist. (Rn. 35, 36)
6. Was schließlich als mögliche weitere Rechtfertigung den Zweck der finanziellen Stabilität der sozialen Versicherungssysteme angeht, also, dass die Leistungsfähigkeit des Sozialversicherungssystems vom Lohnniveau der Arbeitnehmer abhängt, so ist nicht erkennbar, dass die Zahlung eines Mindestlohns erforderlich wäre, um eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit zu verhindern. (Rn. 42)

11.5 Auswirkung auf die deutsche Rechtsordnung und die arbeitsrechtliche Praxis

Für die arbeitsrechtliche Praxis in Entsendungsfällen sind in Deutschland insbesondere das Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (MiLoG) sowie das Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) von Bedeutung.

11.5.1 Der Allgemeine Mindestlohn nach §§ 1 Abs. 2, 20 MiLoG in Entsendungsfällen

Mit Verabschiedung des Mindestlohngesetzes (MiLoG) besteht seit dem 1. Januar 2015 ein flächendeckender allgemeiner Mindestlohn von 8,50 € je Zeitstunde. Dieser Mindestlohn gilt entsprechend § 1 Abs. 2, § 20 MiLoG für alle in- und ausländischen Arbeitgeber, die in Deutschland Arbeitnehmer beschäftigen. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist davon auszugehen, dass ein flächendeckender gesetzlicher Mindestlohn, der uneingeschränkt für alle öffentlichen und privaten, inländischen und ausländischen Arbeitgeber zur Anwendung kommt, als Mindestlohn im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 erster Gedankenstrich der Entsende-Richtlinie anzusehen ist. Im Fall des in § 1 Abs. 2 MiLoG vorgesehenen allgemeinen Mindestlohns

besteht für einheimische Arbeitgeber keine Möglichkeit, sich durch Abschluss von Firmentarifverträgen[55] der Zahlung des flächendeckenden Mindestlohns zu entziehen. Auch gilt der allgemeine Mindestlohn für alle Formen der Tätigkeiten und nicht nur für Arbeiten im Rahmen öffentlicher Aufträge[56].

Der deutsche Gesetzgeber hat daher in den §§ 1 Abs. 2, 10 MiLoG einen harten Kern klar definierter Schutzbestimmungen im Sinne des 14. Erwägungsgrundes der Entsende-Richtlinie 96/71/EG geschaffen, der für jeden in- und ausländischen Arbeitgeber eine eindeutige Vorgabe enthält und kollisionsrechtlich als zwingende Eingriffsnorm nach Art. 9 Rom I-VO anzusehen ist. Insoweit stellt die Verabschiedung des flächendeckenden allgemeinen Mindestlohns von 8,50 € nunmehr unionsrechtlich einen von allen in Deutschland tätigen in- und ausländischen Arbeitgebern zu beachtenden Mindestlohn im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Entsende-Richtlinie dar.[57]

Allerdings ist zu beachten, dass der allgemeine Mindestlohn lediglich eine Untergrenze für die Bezahlung von Arbeitnehmern darstellt, §§ 1 Abs. 3, 3 MiLoG. Regelungen aus anderen Gesetzen, insbesondere dem AEntG, die einen höheren Zeitlohn vorsehen, haben Vorrang vor dem MiLoG. Daher stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die im AEntG vorgesehenen höheren Mindestlöhne von ausländischen Dienstleistern in Deutschland geschuldet werden.

11.5.2 Mindestlöhne nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG)

Bis zur Verabschiedung des MiLoG mit Wirkung zum 1. Januar 2015 erfolgte die Umsetzung der EU-Richtlinie 96/71/EG durch eine Novellierung des Gesetzes über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (AEntG).[58] Das AEntG ist für Entsendungsfälle nach wie vor von Bedeutung, da das MiLoG wie ausgeführt nach §§ 1 Abs. 3, 3 MiLoG lediglich eine Untergrenze darstellt und weitergehende Ansprüche nach dem AEntG nicht ausschließt.

Ziel des AEntG ist die Schaffung und Durchsetzung angemessener Mindestarbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und – nach mehreren Gesetzesnovellen – nunmehr auch für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer sowie die Gewährleistung fairer und funktionierender Wettbewerbsbedingungen. Üblicherweise ergeben sich arbeitsvertragliche Mindestbedingungen in Entsendungsfällen aus Rechtsnormen eines bundesweit geltenden Tarifvertrages. Diese Rechtsnormen finden nach § 3 AEntG auch auf Arbeitsverhältnisse zwischen einem

[55] so noch in Portugaia Construções EuGH Slg. 2002, I-787.

[56] so noch in Rüffert EuGH Slg. 2008, I-1989.

[57] vgl. hierzu Däubler NJW 2014, 1924; Düwell DB 2014, 121; Bayreuther NZA 2014, 868; Schweibert/Leßmann DB 2014, 1869; Spielberger/Schilling NJW 2014, 2900.

[58] Weitere Mindestarbeitsbedingungen finden sich zudem in dem aus dem Jahr 1952 stammenden Mindestarbeitsbedingungengesetz (MiArbG). Bislang wurde von der Ermächtigungsnorm nach § 4 Abs. 3 MiArbG noch kein Gebrauch gemacht.

Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und seinen im räumlichen Geltungsbereich dieses Tarifvertrages beschäftigten Arbeitnehmern zwingend Anwendung, wenn der Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt ist oder eine Rechtsverordnung nach § 7 vorliegt.

§ 7 AEntG enthält eine Ermächtigung an das Bundesministerium für Arbeit und Soziales durch Rechtsverordnung zu bestimmen, dass die Rechtsnormen eines Tarifvertrages auf alle unter den Geltungsbereich dieses Tarifvertrages fallenden und nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Anwendung finden. Der Verordnungsgeber hat von dieser Ermächtigung für die in § 4 genannten einbezogenen Branchen[59] mittlerweile Gebrauch gemacht. Verfahrensrechtliche Voraussetzungen für eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung durch Rechtsverordnung ist lediglich die Stellung eines gemeinsamen Antrags der Parteien des Tarifvertrages und nicht die erfolglose Durchführung eines Allgemeinverbindlichkeitsverfahrens nach § 5 TVG.[60] Nach dem TVG ist die Zustimmung eines Tarifausschusses und der Nachweis erforderlich, dass mindestens 50 % aller Arbeitnehmer der jeweiligen Branche in tarifgebundenen Betrieben tätig sind. Aufgrund dieser erschwerten Voraussetzungen verlagerte sich das Mindestlohnverfahren auf die Regelungen des AEntG, da hier weder der Nachweis einer Tarifbindung von 50 % noch das Einvernehmen des Tarifausschusses erforderlich ist.[61]

Ergänzt werden die zwingenden Regelungen über die Anwendbarkeit von Tarifverträgen in den §§ 3, 4, 7 AEntG durch eine Garantiehaftung nach § 14 AEntG. Danach haftet ein Unternehmer, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Bauleistungen beauftragt, für die Erfüllung der Verpflichtung zur Zahlung des Mindestentgeltes und der Urlaubskassenbeiträge wie ein selbstschuldnerischer Bürge. Es handelt sich insoweit um eine verschuldensunabhängige Garantiehaftung des

---

[59] Die in §§ 3, 4 AEntG auch für Arbeitgeber mit Sitz im Ausland vorgeschriebene zwingende Wirkungen gilt für Tarifverträge des Bauhauptgewerbes oder des Baunebengewerbes im Sinne der Baubetriebe-Verordnung, für das Gebäudereinigerhandwerk, für Briefdienstleistungen, für Sicherheitsdienstleistungen, für Bergbauspezialarbeiten auf Steinkohlebergwerken, für Wäschereidienstleistungen im Objektkundengeschäft, für die Abfallwirtschaft einschließlich Straßenreinigung und Winterdienst, für Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen nach dem Zweiten oder Dritten Buch Sozialgesetzbuch sowie Schlacht- und Fleischereitätigkeiten. Zudem besteht nach § 11 AEntG eine Rechtsverordnung mit Mindestentgelten für die Pflegebranche. Der deutsche Gesetzgeber hat sich daher nicht nur wie in Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 zweiter Gedankenstrich der EU-Richtlinie 96/71/EG auf die Baubranche (siehe Anlage zur Entsende-Richtlinie) beschränkt, sondern die Allgemeinverbindlichkeit auch für die sonstigen oben genannten Branchen durch Rechtsverordnung hergestellt.

[60] vgl. Maier NZA 1999, 127; Schwab NZA-RR 2004, 5; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 9 Rn. 67; vgl. ferner BVerwG vom 27. Januar 2010 – 8 C 19.09.

[61] BVerfG und BAG haben das Verfahren zur Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen nach dem AEntG für verfassungskonform – insbesondere für vereinbar mit Art. 9 Abs. 3, Art. 12 Abs. 1 sowie Art. 80 Abs. 1 GG – angesehen; vgl. BVerfG NZA 2000, 948; BVerfG NZA 2007, 609; sowie ferner zu Art. 9 Abs. 3 GG BVerfG NZA 2001, 777; BAG NZA 2005, 627; ferner BAG NZA 2007, 613.

Auftraggebers.[62] Die §§ 16 ff AEntG enthalten verfahrensmäßige Ermächtigungen für die als Aufsichtsbehörde zuständige Zollverwaltung (vgl. Kap. 12). Ein Unterschreiten der dargestellten Mindestarbeitsbedingungen ist nach § 23 AEntG bußgeldbewährt. So kann die Nichtgewährung von im AEntG vorgesehenen Arbeitsbedingungen nach § 23 AEntG, § 18 MiArbG mit einem Bußgeld bis zu 500.000,00 €, die Verweigerung von Prüfungs- und Nachweispflichten mit einem Bußgeld von bis zu 30.000,00 € geahndet werden. Darüber hinaus kann ein Unterschreiten entsprechend § 21 AEntG zum Ausschluss vom Wettbewerb über einen Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsauftrag führen.

Nach den Grundsätzen des IPR handelt es sich bei den für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen um eine zwingende Eingriffsnorm im Sinne von Art. 9 Rom-I-VO, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisationen angesehen wird, dass sie ungeachtet des anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden ist, die in ihren Anwendungsbereich fallen.[63] Die sich aus den oben genannten Branchentarifverträgen ergebenden Mindestlohn- und Mindestgehaltssätze[64] stellen daher nach dem System des AEntG einen Mindestlohn im Sinne der oben genannten Entsende-Richtlinie dar, der über den allgemeinen Mindestlohn hinausgeht und auch von Arbeitgebern aus dem EU-Ausland bei einer Entsendung ihrer Arbeitnehmer nach Deutschland zu zahlen wäre.[65]

11.5.3 Beschränkung der Dienst- und Niederlassungsfreiheit durch tarifvertragliche Mindestlöhne

Gleichwohl bleibt zu prüfen, ob die Mindestlohnregelungen nach dem AEntG zulässigerweise die Dienstleistungs- bzw. Niederlassungsfreiheit von Dienstleistern aus dem EU-Ausland einschränken können. Aus den dargestellten EuGH-Entscheidungen wird deutlich, dass allein die Nichtzahlung von tariflichen Mindestarbeitsentgelten nicht ohne weiteres mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar ist und damit auch nicht zu straf- oder bußgeldrechtlichen Konsequenzen führen kann. Vielmehr ist immer eine Prüfung erforderlich, ob die in Bezug genommenen Tarifverträge für alle branchenrelevanten Arbeitgeber verbindlich sind. Sodann ist zu klären, ob es

[62] vgl. zur Vereinbarkeit dieser Garantiehaftung mit EU-Recht: Wolff/Müller EuGH Slg. 2004, I-9553; ferner zur Vereinbarkeit mit dem GG: BVerfG NZA 2007, 609; ferner Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler a. a. O. § 14 Rn. 8–16.

[63] vgl. Sittard, NZA 2007, 1090; Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler a. a. O.; Kowanz in Nägele EG-Arbeitsrecht in der deutschen Praxis, S. 341; ferner Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, S. 541.

[64] So bestehen bzw. bestanden im Zeitraum 2013/2014 tarifvertragliche Mindestlöhne in der Baubranche von 11,05 € (13,40 €) Tarifgebiet West und 10,00 € Tarifgebiet Ost, in der Weiterbildungsbranche von 12,60 € Tarifgebiet West und 11,25 € Tarifgebiet Ost, in der Gebäudereinigungsbranche von 9,31 € und in der Abfallbranche von 8,86 €.

[65] vgl. Bayreuther NZA 2010, 1158; siehe ferner BayVerfGH NZA 2009, 443.

sich um Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 EU-Richtlinie 96/71/EG handelt und ob diese vor dem Hintergrund der Dienstleistungsfreiheit verhältnismäßig sind. Bei dieser Prüfung sind die Anforderungen an die Erforderlichkeit von Mindestarbeitsbedingungen umso geringer, je mehr die Vorgaben der Richtlinie eingehalten werden und umso größer, je mehr der nationale Gesetzgeber über diese EU-Vorgaben hinausgeht. Dies bedeutet, dass an Mindestlohn- und Mindesturlaubsregelungen für die Baubranche nur geringe Anforderungen zu stellen sind, da solche Mindestbedingungen in der Richtlinie in Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 zweiter Gedankenstrich sowie der Anlage zur Entsende-Richtlinie ausdrücklich vorgesehen sind.[66]

Anders stellt sich die Situation dar, wenn der Tätigkeitsstaat die Einhaltung weitergehender Mindestarbeitsbedingungen als in Art. 3 Abs. 1 EU-Richtlinie 96/71/EG vorgesehen, von Arbeitgebern aus dem EU-Ausland verlangt. In Anbetracht der ordnungspolitischen Fragwürdigkeit sind in diesem Fall strenge Anforderungen zu stellen. So müssten deutsche Behörden im Rahmen eines Günstigkeitsvergleichs nachvollziehbar darlegen, dass die Erstreckung von Tarifverträgen außerhalb der Baubranche nach §§ 3, 4, 7 AEntG oder über den gesetzlichen Mindestlohn von 8,50 € hinaus erforderlich ist, um ausländische Arbeitnehmer zu schützen und diese den Schutz auch in Anspruch zu nehmen können. Der Zuwachs an Sozialschutz muss in einem angemessenen Verhältnis zur Belastung des Arbeitgebers stehen[67]. Bei dieser Abwägung kommen Aspekte wie die Besteuerung und Belastung mit Sozialabgaben im Heimatland sowie die bereits genannten Kriterien der Kurzfristigkeit der Entsendung, der Tätigkeit im grenznahen Bereich[68], der Zuordnung zum Betrieb im Niederlassungsstaat und der Frage der effektiven Inanspruchnahme durch den betroffenen Arbeitnehmer zum Tragen. Schließlich ist auch der vom EuGH in der Mazzoleni-Entscheidung angesprochene Aspekt eines möglichen Spannungsverhältnisses zwischen Beschäftigten im grenznahen Bereich durch Zahlung unterschiedlicher Mindestlöhne zu berücksichtigen.[69]

Die gleichen Grundsätze gelten für Mindestlohnregelungen durch den Landesgesetzgeber.[70] So enthalten die Vergabegesetze der Bundesländer in der Regel

---

[66] Gleiches gilt, wie zu Ziffer 1 dargestellt, für den allgemeinen Mindestlohn von 8,50 € nach dem MiLoG.

[67] vgl. Bayreuther EuZA 2014, 91; Hantel ZESAR 2014, 315–317; ferner Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, S. 542–544.

[68] Nach der Mazzoleni-Entscheidung ist bei der Verpflichtung zur Zahlung von Mindestlöhnen für Arbeitnehmer, die im grenznahen Bereich wechselnd in mehreren Mitgliedsstaaten tätig sind, auch zu berücksichtigen, dass eine unterschiedliche Bezahlung zu Spannungen zwischen den Beschäftigten führen kann. vgl. Mazzoleni/ISA EuGH Slg. 2001, I-2189 (Rn. 36).

[69] vgl. Mazzoleni/ISA EuGH Slg. 2001, I-2189 (Rn. 36); So kann es für einen polnischen oder tschechischen Lkw-Unternehmer ein Problem sein, seine angestellten Lkw-Fahrer zu motivieren, Touren in Mitgliedsstaaten mit niedrigeren Mindestlöhnen zu übernehmen, während deren Kollegen bei einer Tour durch oder nach Deutschland den Mindestlohn von 8,50 € beanspruchen könnten.; vgl. zum Anspruch auf Mindestlohn bei sog. Transitfällen u. a. Sittard NZA 2015, 82.

[70] Auf das Problem der Gesetzgebungszuständigkeit für die Länder vor dem Hintergrund von Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG soll hier nicht weiter eingegangen werden.

Mindestanforderungen für die Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 98 GWB. In den Vergabegesetzen sind Regelungen über Mindestarbeitsentgelte und Tariftreue vorgesehen. Tariftreueklauseln binden die Vergabe von öffentlichen Aufträgen an die Einhaltung der örtlichen Lohntarifverträge. So haben Bieter die Einhaltung der nach dem AEntG vorgesehenen Tarifverträge sicherzustellen. Sofern solche Tarifverträge nicht bestehen, enthalten die Landesvergabegesetze eigene Mindestlohnsätze.[71] In NRW ist bei öffentlichen Ausschreibungen nach dem TVgG-NRW ein Mindestlohn von 8,62 €, in Schleswig-Holstein von 9,18 € vorgeschrieben, sofern sich aus den in den §§ 3, 4, 7 AEntG genannten Tarifverträgen keine höheren Mindestlöhne ergeben. Nach der Rüffert-Entscheidung[72] gehören aber tarifvertragliche Mindestlöhne, auf die in Landesvergabegesetzen Bezug genommen wird, nicht zum harten Kern klar definierter Schutzbestimmungen, deren Einhaltung nach der Entsende-Richtlinie von den Mitgliedsstaaten gefordert werden kann.

So sollten öffentliche Auftraggeber aufgrund der oben genannten Urteile bei jeder Vergabe außerhalb der Baubranche genau überlegen, ob sie im Falle der Nichteinhaltung von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen bzw. von subsidiär vorgesehenen Mindestlöhnen – die über den allgemeinen Mindestlohn von 8,50 € hinausgehen – einen Zuschlag verweigern. Bieter aus dem EU-Ausland könnten im Vergabeverfahren unter Hinweis auf die EuGH-Rechtsprechung auf die Sozialstandards in ihrem Heimatland verweisen. Wenn es einem ausländischen Bieter gelingt nachzuweisen, dass die seinen Arbeitnehmern gezahlten niedrigeren Löhne bei Berücksichtigung der sonstigen Belastung mit Steuern und Sozialabgaben auch geeignet sind, einen ausreichenden Arbeitnehmerschutz zu gewährleisten, dürfte ein Ausschluss vom Bieterverfahren nicht zu rechtfertigen sein. Die von den Landesvergabegesetzen geforderten über 8,50 € hinausgehenden Stundenlöhne stellen daher lediglich partiell wirksame Tariftreueklauseln dar, soweit es sich um inländische Anbieter oder um ausländische Anbieter außerhalb der EU handelt. Solche partiellen Tariftreueklauseln sind mit dem EU-Recht vereinbar, wobei in diesem Zusammenhang nicht weiter auf das Problem der sog. Inländerdiskriminierung eingegangen werden soll.[73] Von solchen Anbietern kann dann auch im Vergabeverfahren die Einhaltung von Mindestarbeitsbedingungen verlangt werden, die sich entsprechend §§ 3, 4, 7 AEntG aus Tarifverträgen ergeben, die nicht zur Baubranche gehören.

---

[71] § 3 BbgVergG 8,00 €; Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz 8,50 €; Tariftreue- und Vergabegesetz Bremen 8,50 €; HmbVgG 8,50 €; VgG M-V 8,50 €; TVgG-NRW 8,62 €; LTTG Rheinland-Pfalz 8,50 €.

[72] vgl. Rüffert EuGH Slg. 2008, I-1989.

[73] vgl. hierzu u. a. Kewenig JZ 1990, 20; Schilling JZ 1994, 8 ff; Herdegen, Europarecht, 16. Auflage, § 6 Rn. 20; Frenz, Europarecht, Rn. 221; ders. in JZ 2007, 343; Hailbronner/Jochum, Europarecht II, Rn. 284; Bosman EuGH NZA 1996, 191; Hobe, Europarecht, 8. Auflage, Rn. 629–632; Höfner EuGH NZA 1991, 447; vgl. zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Inländerdiskriminierung BVerfGE 115, 276 (Sportwetten); BVerfG DVBl. 2006, 244 sowie NVwZ 2001, 187 (Meisterzwang).

1. Primärrechtliche Kompetenznorm Art. 62, 52 Abs. 2 AEUV	Richtlinien für die Koordinierung der Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit
2. Ziel (Erwägungsgründe 1, 5, 14)	- Förderung der Dienstleistungsfreiheit und Sicherung des Arbeitnehmerschutzes, - Einhaltung eines „harten Kerns“ klar definierter Arbeitnehmer-Schutzbestimmungen, - Unabhängigkeit der Schutzbestimmungen von der Dauer der Entsendung und der Rechtswahl
3. Anwendungsbereich (Art. 1)	- Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedsstaat, - die im Rahmen länderübergreifender Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaates entsenden
4. Definition entsandter Arbeitnehmer (Art. 1 Abs. 3, Art. 2)	- Jeder Arbeitnehmer, der Arbeitsleistungen im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaates als demjenigen erbringt, in dem er normalerweise arbeitet, - Geltung auch für Arbeitnehmer, die durch Leihunternehmen einem Arbeitgeber in einem anderen Mitgliedsstaat zur dortigen Tätigkeit überlassen werden.
5. Handlungsformen für die zu garantierenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen (Art. 3)	- Rechts- oder Verwaltungsvorschriften, - für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche, sofern sie die Baubranche betreffen
6. Inhalt der zu garantierenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen (Art. 3)	- Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten, - bezahlter Mindestjahresurlaub, - Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze, - Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, - Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene, - Schutzmaßnahmen für Schwangere und Wöchnerinnen, - Gleichbehandlung von Männern und Frauen sowie andere Nichtdiskriminierungsbestimmungen
7. Zusammenarbeit der Mitgliedsstaaten (Art. 4)	- Benennung von Verbindungsbüros, - keine einheitliche präventive Kontrolle von Entsendungssachverhalten, - Kontrolle von Entsendungssachverhalten erfolgt durch nationale Bestimmungen der Mitgliedsstaaten

Abb. 11.1 RL 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (Arbeitnehmer-Entsende-Richtlinie)

1. Primärrechtliche Kompetenznorm Art. 115 AEUV	Angleichung von Rechtsvorschriften mit unmittelbarem Einfluss auf das Funktionieren des Binnenmarktes
2. Ziel (Erwägungsgrund)	Jeder Arbeitnehmer soll ein Schriftstück mit den wesentlichen Bedingungen seines Arbeitsvertrages oder seines Arbeitsverhältnisses erhalten.
3. Geltungsbereich (Art. 1)	Jeder Arbeitnehmer, der einen Arbeitsvertrag oder ein Arbeitsverhältnis in einem Mitgliedsstaat hat.
4. Informationspflichten gegenüber im Inland tätigen Arbeitnehmern (Art. 2)	- Personalien der Parteien, - Arbeitsplatz, - Amtsbezeichnung/Dienstgrad, - kurze Charakterisierung oder Beschreibung der Arbeit, - Zeitpunkt des Beginns des Arbeitsvertrages, - Dauer des Arbeitsvertrages bei Befristung, - Dauer des Jahresurlaubs, - Länge der Kündigungsfristen, - Grundbetrag und Bestandteile des Arbeitsentgeltes, - normale Tages- oder Wochenarbeitszeit, - ggf. Anwendung von Tarifverträgen
5. Informationspflichten gegenüber im Ausland tätigen Arbeitnehmern (Entsendungsfall) (Art. 4)	- Dauer der im Ausland ausgeübten Arbeit, - Währung, in der das Arbeitsentgelt ausgezahlt wird, - ggf. die mit dem Auslandsaufenthalt verbundenen Vorteile in Geld und Naturalien - ggf. die Bedingungen für die Rückführung des Arbeitnehmers
6. Änderung des Arbeitsvertrages (Art. 5)	Jede Änderung der Aufgaben nach Art. 2 u. 4 muss ebenfalls Gegenstand eines Schriftstückes sein.
7. Bestimmungen über die Form des Arbeitsvertrages (Art.6)	- Die RL berührt nicht die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über die Form von Arbeitsverträgen oder Arbeitsverhältnissen. - Die Nichtbeachtung der RL führt nicht zur Unwirksamkeit eines Arbeitsvertrages oder Arbeitsverhältnisses.

Abb. 11.2 RL 91/533/EWG über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bestimmungen (Nachweis-Richtlinie)

12 Arbeitgeberpflichten in Entsendungsfällen (administrative Verpflichtung)

Neben der Verpflichtung zur Zahlung von Mindestlöhnen und Beiträgen zu Sozial- und Urlaubskassen führen auch sog. administrative Verpflichtungen, die in Regelungen der Tätigkeitsstaaten vorgesehen sind und der Überwachung und Kontrolle von arbeitsrechtlichen Mindeststandards dienen, zu Auseinandersetzungen über die Reichweite der Dienstleistungsfreiheit.[1] Arbeitgeber bzw. Dienstleister erheben gegenüber im Tätigkeitsstaat bestehenden Dokumentationspflichten den Einwand, dass alle relevanten Nachweise und Dokumentationen im Niederlassungsstaat schon vorhanden seien und etwaige präventive Anmelde- oder Genehmigungspflichten einen kurzfristigen Einsatz von zu entsendenden Arbeitnehmern erschweren oder gar verhindern würden.[2] Demgegenüber besteht der Tätigkeitsstaat auf die Einhaltung der in nationalen Regelungen vorgesehenen Auskunfts-, Dokumentations- und Nachweispflichten, deren Verletzung zudem regelmäßig straf- bzw. bußgeldbewährt ist.[3] Im Zuge der auf eine Verletzung solcher administrativer Pflichten folgenden Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitsverfahren stellt sich dann die Frage nach der Zulässigkeit solcher administrativer Verpflichtungen vor dem Hintergrund der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV.[4]

[1] vgl. Rush EuGH Slg. 1990, I-1417; Arblade EuGH Slg. 1999, I-8453; Kommission/Luxemburg EuGH Slg. 2004, I-10191; Kommission/Österreich EuGH Slg. 2006, I-9041; Kommission/Deutschland EuGH C-244/04, Slg. 2006, I-885; Termiso Limitada EuGH Slg. 2010, I-9133.

[2] vgl. zur gleichen Interessenlage im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung: Webb I EuGH Slg. 1981, 3305 (vgl. Kapitel 10).

[3] vgl. §§ 16, 17 MiLoG; §§ 18, 19 AEntG, §§ 13, 14 MiArbG; ferner die vergaberechtlichen Regelungen in §§ 6, 8 BdgVergG; §§ 4–6 BerlAVG.

[4] So wurden z. B. in Deutschland im Zusammenhang mit der Einführung eines allgemeinen Mindestlohns im Jahr 2015 von deutschen und ausländischen Arbeitgebern nicht nur die Höhe des Mindestlohns von 8,50 €, sondern auch die damit verbundenen administrativen Pflichten, wie die Dokumentation der geleisteten und bezahlten Stunden und die Verpflichtung zur vorherigen Anmeldung entsandter Arbeitnehmer kritisiert. Diese Verpflichtungen führen insbesondere dann, wenn Arbeitnehmer wechselnd in mehreren Mitgliedsstaaten tätig sind, wie z. B. Lkw-Fahrer, Zug- und Flugpersonal, Binnenschiffer oder Servicekräfte im grenznahen Bereich, zu erheblichen praktischen Problemen.

P. Hantel, *Europäisches Arbeitsrecht,* Springer-Lehrbuch,
DOI 10.1007/978-3-662-46894-4_12

12.1 Verpflichtung zur Anmeldung, Auskunftserteilung und Erstellung von Nachweisen und Dokumentationen nach EU-Recht

In §§ 4 und 5 der Entsende-Richtlinie 96/71/EG[5] sind Regelungen über die Zusammenarbeit im Informationsbereich zwischen den Mitgliedsstaaten und auch über die erforderlichen Maßnahmen zur Überprüfung der Mindestarbeitsbedingungen enthalten. Allerdings betreffen diese Maßnahmen nur die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedsstaaten sowie die Schaffung geeigneter Maßnahmen für den Fall der Nichteinhaltung der Richtlinie.[6] Nach Art. 4 Abs. 1 der Entsende-Richtlinie 96/71/EG sind die Mitgliedsstaaten nur verpflichtet, zur Durchführung der Richtlinie Verbindungsbüros[7] einzurichten. Eine Zusammenarbeit der Mitgliedsstaaten ist nach Art. 4 Abs. 2 sowie Art. 5 lediglich nach Maßgabe der mitgliedsstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehen.[8] Daher sieht die Richtlinie 96/71/EG keinen präventiven Daten- und Informationsaustausch vor. Es fehlt somit für die entsprechenden verwaltungsrechtlichen Ausführungs- oder Nebenbestimmungen der Mitgliedsstaaten, die der Überwachung der Einhaltung der Richtlinie dienen, an ausreichenden EU-rechtlichen Vorgaben.[9]

12.2 Verpflichtung zur Anmeldung, Auskunftserteilung und Erstellung von Nachweisen und Dokumentationen nach nationalem Recht

Da somit die meisten nationalen Auskunfts-, Dokumentations- und Nachweispflichten nicht in den Anwendungsbereich der Entsende-Richtlinie fallen, können diese Regelungen von den Mitgliedsstaaten nach eigenem Ermessen erlassen werden. Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz, dass Unionsrecht durch Behörden der Mitgliedsstaaten vollzogen wird, die dabei aber nicht die einheitliche und effektive Geltung des Unionsrechts beeinträchtigen dürfen.[10]

[5] vgl. zur Entsende-Richtlinie 96/71/EG: Körner NZA 2007, 233 (236–238).

[6] Ergänzend dazu ergeben sich Dokumentationsverpflichtungen aus der Richtlinie 91/533/EWG (Nachweis-Richtlinie) und der Richtlinie 89/391/EWG (Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie).

[7] vgl. Liste mit Adressen der Verbindungsbüros in Heuschmid/Schierle in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 5 Rn. 178.

[8] Regelungen zur Koordinierung und Harmonisierung des Arbeitnehmerschutzes sehen lediglich die Gemeinschaftsrichtlinien Richtlinie 91/533/EWG (Nachweis-Richtlinie) sowie die Richtlinie 89/391/EWG (Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie) vor. Allerdings enthalten diese Richtlinien ebenfalls keine Koordinierung hinsichtlich eines präventiven Datenaustauschs; vgl. hierzu Arblade EuGH Slg. 1999, I-8453.

[9] vgl. Heuschmid/Schierle in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 5 Rn. 173–176 sowie 178 zu den Planungen einer sog. Durchsetzungs-Richtlinie; ferner Termiso Limitada EuGH Slg. 2010, I-9133.

[10] vgl. Hailbronner/Jochum, Europarecht I, Rn. 597; Herdegen, Europarecht, 16. Auflage, § 10 Rn. 35–44; Hobe, Europarecht, 8. Auflage, Rn. 467 ff.

So sieht § 16 Abs. 1 MiLoG vor, dass ein Arbeitgeber mit Sitz im Ausland, der Arbeitnehmer in Deutschland beschäftigt, vor Beginn der Tätigkeit eine schriftliche Anmeldung in deutscher Sprache bei der zuständigen Behörde der Zollverwaltung vorlegen muss, in der unter anderem Familienname, Beginn, Dauer, Ort der Beschäftigung genannt sind. Zudem sind alle in- und ausländischen Arbeitgeber, die in den in § 2 a SchwarzgeldbekämpfungsG genannten Wirtschaftsbereichen oder –zweigen tätig sind[11], nach § 17 MiLoG zum Erstellen und Bereithalten bestimmter Personaldokumente verpflichtet. Der ausländische Arbeitgeber hat der Anmeldung eines Versicherung beizufügen, dass er die Verpflichtung zur Zahlung des allgemeinen Mindestlohns von 8,50 € je Zeitstunde einhält, § 16 Abs. 2 MiLoG. Eine Nichtbeachtung dieser administrativen Pflichten wird nach § 21 Abs. 1 Nr. 4–8 MiLoG bußgeldrechtlich geahndet. Vergleichbare Verpflichtungen ergeben sich für ausländische Arbeitgeber, die in den Branchen[12] tätig sind, für die allgemeinverbindliche Tarifverträge entsprechend den §§ 3, 4, 7 AEntG bestehen, aus §§ 18, 19, 23 Nr. 4–8 AEntG.[13]

Ergänzend dazu hat das Bundesministerium der Finanzen auf Grundlage von § 16 Abs. 5 MiLoG zwei Rechtsverordnungen zur Konkretisierung der administrativen Pflichten erlassen. Nach der Mindestlohnmeldeverordnung (MiLoMeldV) muss ein Arbeitgeber mit Sitz im Ausland abweichend von der gesetzlich vorgesehenen Meldepflicht bei einer mobilen Tätigkeit oder täglich wechselnden Beschäftigungsorten lediglich einen Einsatzplan vorlegen, der Angaben über die dort beschäftigten Arbeitnehmer mit Geburtsdatum sowie Beginn und Ende der voraussichtlichen Leistungen enthalten muss. Entsprechendes gilt für die Aufzeichnungspflichten nach der Mindestlohnaufzeichnungsverordnung (MiLoAufzV).

12.3 Praktische Fallbeispiele

Schon im vorangegangenen Kapitel wurde im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des EuGH zur Zulässigkeit nationaler Mindestlohnregelungen auf das Problem möglicher unverhältnismäßiger Verwaltungskosten hingewiesen. So hat der EuGH in der Entscheidung Mazzoleni die stundenweise Berechnung und Dokumentation des Arbeitseinsatzes von in grenznahen Bereichen tätigen Dienstleistern als unverhältnismäßig angesehen.[14] Zudem wurde in der Entscheidung Finalarte die

[11] Bei den in § 2 a SchwarzarbeitsbekämpfungsG genannten Wirtschaftsbereichen oder -zweigen handelt es sich um das Baugewerbe, das Gaststätten- und Beherbergungsgewerbe, das Personenbeförderungsgewerbe, das Speditions-, Transport- und damit verbundene Logistikgewerbe, das Schaustellergewerbe, die Unternehmen der Forstwirtschaft, das Gebäudereinigungsgewerbe, die Unternehmen, die sich am Auf- und Abbau von Messen und Ausstellungen beteiligen, die Fleischwirtschaft. Eine entsprechende Verpflichtung ergibt sich bei der Tätigkeit von geringfügig Beschäftigten nach § 8 SGB V.

[12] vgl. hinsichtlich der in § 4 AEntG genannten Branchen Kapitel 11

[13] vgl. hierzu Hantel ZESAR 2014, 314.

[14] vgl. Mazzoleni/ISA EuGH Slg. 2001, I-2189 (Rn. 36).

Unverhältnismäßigkeit der Verpflichtung zur Auskunftserteilung festgestellt, wenn diese Auskünfte bereits im Niederlassungsstaat erteilt wurden.[15]

Bei den nachfolgenden Entscheidungen, geht es um die Frage, ob präventive Kontrollen[16] in Entsendefällen, z. B. beim Einsatz von Arbeitnehmern aus Drittstaaten[17], mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar sind. Ferner war Streitgegenstand das Erfordernis einer bestimmten Beschäftigungsdauer von entsandten Arbeitnehmern, die Abgabe weiterer Garantien, wie z. B. die Erbringung einer Bankbürgschaft[18], sowie allgemein die Beibringung zusätzlicher Dokumente und Nachweise, die bereits im Niederlassungsstaat vorhanden waren.[19]

12.3.1 Fall Rush EuGH Slg. 1990, I-1417[20]

Das portugiesische Bauunternehmen R führte in Frankreich Bauaufträge des französischen Staates aus. Dazu bediente es sich seiner portugiesischen Mitarbeiter, die das Unternehmen zum Zwecke der Auftragserfüllung in das französische Hoheitsgebiet einreisen ließ. Die französische Einwanderungsbehörde wollte die Arbeitsaufnahme der portugiesischen Arbeitnehmer von einer besonderen Arbeitserlaubnis abhängig machen und verlangte von R die Bezahlung eines sog. Sonderbeitrages für die Erteilung einer Arbeitserlaubnis. Das Bauunternehmen R berief sich auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Dienstleistungsfreiheit. Das von diesem angerufene Tribunal administrative Versailles hat dem EuGH u. a. die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob eine portugiesische Gesellschaft mit Sitz in Portugal daran gehindert werden kann, mit eigenem Personal Bauleistungen in Frankreich zu erbringen.

Der EuGH sieht die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV als verletzt an. Die Dienstleistungsfreiheit verbiete es, einem in einem anderen Mitgliedsstaat ansässigen Erbringer von Dienstleistungen zu verbieten, mit seinem gesamten Personal frei in das Gebiet des erstgenannten Staates einzureisen oder die Einreise des betroffenen Personals von einschränkenden Bedingungen abhängig zu machen. Dagegen sei die Freizügigkeit der Arbeitnehmer nach Art. 45 AEUV nicht verletzt, weil die Arbeitnehmer nicht den Zugang zum französischen Arbeitsmarkt anstreben, sondern nur von einem portugiesischen Unternehmen nach Frankreich entsandt werden.

---

[15] vgl. Finalarte EuGH Slg. 2001, I-7831 (Rn. 75).

[16] vgl. Rush EuGH Slg. 1990, I-1417

[17] vgl. Kommission/Luxemburg EuGH Slg. 2004, I-10191; Kommission/Österreich EuGH Slg. 2006, I-9041; Kommission/Deutschland EuGH C-244/04, Slg. 2006, I-885.

[18] vgl. Kommission/Luxemburg EuGH Slg. 2004, I-10191.

[19] vgl. Arblade EuGH Slg. 1999, I-8453; Finalarte EuGH Slg. 2001, I-7831; vgl. zur Vereinbarkeit der Verpflichtung zur Vorlage von Aufzeichnungen über Arbeitszeiten mit der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG, Worten EuGH NZA 2013, 723.

[20] siehe auch NZA 1990, 653; EuZW 1990, 227.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Der in Art. 59 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 56 AEUV) vorgesehene freie Dienstleistungsverkehr bedeutet, dass der Leistende zwecks Erbringung seiner Leistungen seine Tätigkeit vorübergehend in dem Staat ausüben kann, in dem die Leistung erbracht wird, und zwar „unter den Voraussetzungen, welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt". (Rn. 11)
2. Infolgedessen hindern die Art. 59 und 60 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 56 AEUV) einen Mitgliedstaat daran, es einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Erbringer von Dienstleistungen zu verbieten, mit seinem gesamten Personal frei in das Gebiet des erstgenannten Staates einzureisen, oder die Einreise des betroffenen Personals von einschränkenden Bedingungen wie der Bedingung der Einstellung von Personal an Ort und Stelle oder der Pflicht zur Einholung einer Arbeitserlaubnis abhängig zu machen. Durch die Auferlegung solcher Bedingungen wird nämlich der Leistungserbringer aus einem anderen Mitgliedstaat gegenüber seinen im Aufnahmeland ansässigen Konkurrenten, die sich ihres eigenen Personals ungehindert bedienen können, diskriminiert und seine Fähigkeit, die Leistung zu erbringen, beeinträchtigt. (Rn. 12)
3. Dagegen ist die Freizügigkeit der Arbeitnehmer nach Art. 45 AEUV nicht verletzt. Die entsandten Arbeitnehmer führen in einem anderen Mitgliedsstaat im Rahmen von Dienstleistungen ihres Arbeitgebers Bauarbeiten aus. Sie kehren nach Erfüllung ihrer Aufgabe in ihr Heimatland zurück, ohne zu irgendeinem Zeitpunkt auf dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedsstaates aufzutreten, so dass sich weder die Arbeitnehmer noch der Arbeitgeber auf Art. 45 AEUV berufen können. (Rn. 15)

12.3.2 Fall Arblade EuGH Slg. 1999, I-8453[21]

Betroffen waren zwei französische Unternehmen, die Arbeitnehmer vorübergehend nach Belgien entsandt hatten. Gegen sie war ein Strafverfahren wegen Nichtbeachtung mehrerer im belgischen Recht vorgesehener und durch belgische Polizei- und Sicherheitsgesetzte strafbewährter Sozialverpflichtungen anhängig. Nach belgischem Recht bestand ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag für das Baugewerbe, der alle Arbeitgeber verpflichtete, u. a. Beiträge im Rahmen eines Schlechtwetter- und Treuemarkensystems zu entrichten. Beide französischen Unternehmen unterlagen jedoch für dieselben Arbeitnehmer für den entsprechenden Beschäftigungszeitraum auch in Frankreich Verpflichtungen, die im Hinblick auf ihre Zwecksetzung mit dem belgischen Arbeitgeberbeiträgen zum Schlechtwetter- und Treuemarkensystem vergleichbar waren. Zudem wurde den französischen Unternehmen vorgeworfen, bestimmte Unterlagen und Personaldokumente auf der Baustelle nicht aufbewahrt und bereitgehalten zu haben. Das zuständige Tribunal correctionnel Huy

[21] siehe auch NZA 2000, 85; EuZW 2000, 88; BB 2000, 137.

legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die Regelungen über die Dienstleistungsfreiheit so auszulegen seien, dass sie es einem Mitgliedsstaat verbieten, einem Unternehmen aus einem anderen Mitgliedsstaat, das vorübergehend Arbeiten im ersten Staat ausführt, zu verpflichten, Personal- und Arbeitsunterlagen vorrätig zu halten, obwohl diese Unterlagen bereits in dem Staat, in dem das Unternehmen ansässig ist, vorliegen.

Der EuGH sah in dieser doppelten Verpflichtung der Arbeitgeber eine Verletzung ihrer Dienstleistungsfreiheit. Die Erstellung, Dokumentation und Vorlage von Personalunterlagen im Entsendestaat kann nur unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verlangt werden. Eine Vorlage entsprechender Unterlagen (z. B. auf Baustellen) setzt daher voraus, dass dies zur Erfüllung der Überwachungsaufgaben unerlässlich sei. Daher könne ein ausländischer Arbeitgeber auch nicht verpflichtet werden, dem entsandten Arbeitnehmer ein Konto nach den Regelungen des Tätigkeitsstaates einzurichten oder ein Personalregister zu führen, wenn vergleichbare Pflichten im Heimatstaat bestehen. Grundsätzlich müsse es dem ausländischen Arbeitgeber möglich sein, sich auf die Unterlagen in seinem Heimatstaat zu berufen. Mithin müssen die nationalen Instanzen unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit jeweils prüfen, welche Unterlagen für ihre Überwachungsaufgaben unerlässlich sind und ob hierfür die bereits vorhandenen Unterlagen im Niederlassungs- bzw. Heimatstaat ausreichen.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Eine Verpflichtung wie die im belgischen Recht vorgesehene, im Aufnahmemitgliedstaat bestimmte weitere Unterlagen zu erstellen und zu führen, verursacht den in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen zusätzliche administrative und wirtschaftliche Kosten und Belastungen. Damit sind diese Unternehmen den im Aufnahmemitgliedstaat ansässigen Arbeitgebern unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbs nicht gleichgestellt, so dass eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit vorliegt. (Rn. 58, 59)
2. Der wirksame Schutz der Arbeitnehmer des Baugewerbes vor allem in Bezug auf Sicherheit und Gesundheit sowie auf die Arbeitszeit kann es zwar erforderlich machen, dass bestimmte Unterlagen auf der Baustelle oder zumindest an einem zugänglichen und klar bezeichneten Ort im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats für die mit der Durchführung der Kontrollen betrauten Behörden dieses Staates bereitgehalten werden, insbesondere da ein organisiertes System der Zusammenarbeit und des Informationsaustausches zwischen Mitgliedstaaten im Sinne von Art. 4 der Richtlinie 96/71 fehlt. (Rn. 61)
3. Die Informationen, die nach der Regelung des Niederlassungsmitgliedstaats und nach der des Aufnahmemitgliedstaats u. a. bezüglich des Arbeitgebers, des Arbeitnehmers, der Arbeitsbedingungen und der Vergütung verlangt werden, sind möglicherweise so unterschiedlich, dass die in der Regelung des Aufnahmemitgliedstaats vorgeschriebenen Kontrollen nicht auf der Grundlage von Unterlagen vorgenommen werden können, die gemäß der Regelung des Niederlassungsmitgliedstaats geführt werden. (Rn. 63)

4. Dagegen kann die bloße Tatsache, dass bestimmte formale oder inhaltliche Unterschiede bestehen, nicht die Führung von zwei Serien von Unterlagen rechtfertigen, von denen die einen der Regelung des Niederlassungsmitgliedstaats und die anderen der des Aufnahmemitgliedstaats entsprechen, wenn die Informationen, die durch die nach der Regelung des Niederlassungsmitgliedstaats verlangten Unterlagen geliefert werden, insgesamt ausreichen, um die erforderlichen Kontrollen im Aufnahmemitgliedstaat zu ermöglichen. (Rn. 64)
5. Die Behörden und Gerichte des Aufnahmemitgliedstaats müssen also, bevor sie verlangen, dass im Hoheitsgebiet dieses Staates Personal- oder Arbeitsunterlagen gemäß ihrer eigenen Regelung erstellt und geführt werden, nacheinander prüfen, ob der soziale Schutz der Arbeitnehmer, der diese Erfordernisse rechtfertigen kann, nicht hinreichend gewahrt würde, wenn innerhalb einer angemessenen Frist die im Niederlassungsmitgliedstaat geführten Unterlagen oder Kopien davon vorgelegt würden oder, falls das nicht geschieht, diese Unterlagen oder Kopien davon auf der Baustelle oder an einem zugänglichen und klar bezeichneten Ort im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats bereitgehalten würden. (Rn. 65)
6. Unterliegt der Arbeitgeber hinsichtlich der Führung von Personal- oder Arbeitsunterlagen, wie einer Arbeitsordnung, eines besonderen Personalregisters und – für jeden entsandten Arbeitnehmer – eines persönlichen Kontos, in dem Mitgliedstaat, in dem er ansässig ist, für dieselben Arbeitnehmer und dieselben Beschäftigungszeiten im Hinblick auf ihren Zweck vergleichbaren Verpflichtungen, so ist die Vorlage der im Niederlassungsmitgliedstaat geführten Personal- und Arbeitsunterlagen als ausreichend anzusehen, um den sozialen Schutz der Arbeitnehmer zu gewährleisten, so dass von diesem Arbeitgeber die Erstellung von Unterlagen gemäß der Regelung des Aufnahmemitgliedstaats nicht verlangt werden kann. (Rn. 66)
7. Im Rahmen einer solchen Prüfung sind die Gemeinschaftsrichtlinien zur Koordinierung oder Mindestharmonisierung bezüglich der für den Schutz der Arbeitnehmer erforderlichen Informationen zu berücksichtigen, nämlich Richtlinie 91/533/EWG (Nachweis-Richtlinie) sowie Richtlinie 39/391/EWG (Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie). (Rn. 67)
8. Handelt es sich um eine Verpflichtung, bestimmte Unterlagen am Wohnsitz einer im Aufnahmemitgliedstaat wohnenden natürlichen Person bereitzuhalten und aufzubewahren, auch nachdem der Arbeitgeber die Beschäftigung von Arbeitnehmern in diesem Staat eingestellt hat, so genügt es zur Rechtfertigung einer solchen Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs nicht, dass das Vorhandensein derartiger Unterlagen geeignet ist, die Erfüllung der Überwachungsaufgabe der Behörden zu erleichtern. Es ist außerdem erforderlich, dass die Überwachungsaufgaben nicht erfüllt werden könnten, ohne dass das Unternehmen in diesem Mitgliedstaat über einen Bevollmächtigten oder eine Aufsichtsperson verfügt, die die betreffenden Unterlagen aufbewahrt. (Rn. 76)

9. Die Verpflichtung, die Personalunterlagen fünf Jahre lang im Aufnahmemitgliedstaat sowie am Wohnsitz einer natürlichen Person unter Ausschluss juristischer Personen aufzubewahren, ist durch derartige Erfordernisse jedenfalls nicht gerechtfertigt. Die Kontrolle der Beachtung der mit dem sozialen Schutz der Arbeitnehmer des Baugewerbes zusammenhängenden Regelungen kann durch weniger einschränkende Maßnahmen sichergestellt werden. So können, wenn der in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Arbeitgeber keine Arbeitnehmer mehr in Belgien beschäftigt, die einschlägigen Personalunterlagen bzw. Kopien davon den nationalen Behörden zugesandt werden, die sie kontrollieren und gegebenenfalls aufbewahren könnten. (Rn. 77, 78)

12.3.3 Fall Kommission/Großherzogtum Luxemburg EuGH Slg. 2004, I-10191[22]

In einem Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen das Großherzogtum Luxemburg ging es um die Frage, ob die in einer großherzoglichen Verordnung vorgesehene vorherige Genehmigung zum Einsatz von Arbeitnehmern aus Drittstaaten und der vorherigen Anzeige der zu besetzenden Stelle an das nationale Arbeitsamt sowie der Erbringung einer Bankbürgschaft in Höhe von 1487,00 € für jeden eingesetzten Arbeitnehmer mit der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV vereinbar sei. Zudem hing die Erteilung einer sog. kollektiven Arbeitserlaubnis vom Vorliegen unbefristeter Arbeitsverträge ab, die mindestens sechs Monate vor der Entsendung abgeschlossen sein mussten. Die Arbeitserlaubnis wird vom Minister für Arbeit erteilt und kann dann abgelehnt oder widerrufen werden, wenn insbesondere die Lage, Entwicklung und Organisation des nationalen Arbeitsmarktes dies gebieten. Die Bankbürgschaft soll etwaige anfallende Kosten der Rückführung der Arbeitnehmer abdecken, für die eine Erlaubnis beantragt wird.

Der EuGH hat sowohl das Einholen einer vorherigen Arbeitserlaubnis als auch die Erbringung einer Bankbürgschaft für eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV angesehen. Eine bloße Anzeige gegenüber den örtlichen Behörden über die Anwesenheit eines oder mehrerer entsandter Arbeitnehmer einschließlich der Dauer sei als Maßnahme ausreichend.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Art. 49 EG (nunmehr Art. 56 AEUV) verlangt nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung des in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen – selbst wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistende wie für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten –, sofern sie geeignet sind, die Tätigkeiten des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat

[22] siehe auch NZA 2005, 99; EuZW 2005, 90; BB 2005, 618.

ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen. (Rn. 20)

2. Eine Beschränkung, die für alle in dem betreffenden Mitgliedstaat tätigen Personen oder Unternehmen gilt, kann jedoch gerechtfertigt sein, soweit sie auf einem zwingenden Grund des Allgemeininteresses beruht und dieses nicht bereits durch Vorschriften geschützt wird, denen der Dienstleistende im Mitgliedstaat seiner Niederlassung unterliegt, und sofern sie geeignet ist, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Zieles zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist. (Rn. 21)
3. Das Erfordernis einer Arbeitserlaubnis für Arbeitnehmer aus Drittstaaten erschwert aufgrund des mit diesen Bedingungen verbundenen Verwaltungsaufwands und der durch sie verursachten Kosten die beabsichtigte Entsendung und damit die Erbringung von Dienstleistungen durch dieses Unternehmen. Eine Arbeitserlaubnis, wie sie die Großherzogliche Verordnung vorschreibt, kann jedoch nicht als geeignetes Mittel angesehen werden, um den Schutz von Arbeitnehmern oder die Bedürfnisse des Arbeitsmarktes zu erreichen. Denn sie ist zwangsläufig mit Formalitäten und Verzögerungen verbunden, die geeignet sind, von der Inanspruchnahme der Dienstleistungsfreiheit mit Hilfe entsandter Arbeitnehmer mit der Staatsangehörigkeit eines Drittstaats abzuschrecken. (Rn. 23, 30)
4. Würde ein Dienstleistungsunternehmen verpflichtet, den örtlichen Behörden im Voraus die Anwesenheit entsandter Arbeitnehmer, die vorgesehene Dauer dieser Anwesenheit und die der Entsendung zugrunde liegende(n) Dienstleistung(en) anzuzeigen, so wäre diese Maßnahme ebenso wirksam und zugleich weniger einschneidend. Sie würde es den Behörden ermöglichen, die Einhaltung der luxemburgischen Vorschriften auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit während der Dauer der Entsendung zu kontrollieren und dabei die Verpflichtungen zu berücksichtigen, denen das Unternehmen bereits nach den im Herkunftsmitgliedstaat geltenden Regeln auf diesem Gebiet unterliegt. (Rn. 31)
5. Außerdem geht die für die Erteilung einer kollektiven Arbeitserlaubnis aufgestellte Bedingung, dass unbefristete Arbeitsverträge bestehen müssen, durch die die betroffenen Arbeitnehmer seit mindestens sechs Monaten mit dem entsendenden Unternehmen verbunden sind, über das hinaus, was im Namen des Zieles der sozialen Sicherheit als notwendige Voraussetzung dafür verlangt werden kann, dass Dienstleistungen mit Hilfe der Entsendung von Arbeitnehmern mit der Staatsangehörigkeit eines Drittstaats erbracht werden. (Rn. 32)
6. Hierzu ist festzustellen, dass das Bemühen, Störungen auf dem Arbeitsmarkt zu verhindern, zwar ein zwingender Grund des Allgemeininteresses ist. Die Arbeitnehmer, die von einem in einem Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen beschäftigt und zur Erbringung einer Dienstleistung in einen anderen Mitgliedstaat entsandt werden, verlangen aber keinen Zutritt zum Arbeitsmarkt dieses zweiten Staates, da sie nach Erfüllung ihrer Aufgabe in ihr Herkunfts- oder Wohnsitzland zurückkehren. (Rn. 38)

7. Zudem stellt die Verpflichtung, neben der Beantragung einer Arbeitserlaubnis eine Bankbürgschaft zu stellen, die die gegebenenfalls anfallenden Kosten der Rückführung eines Arbeitnehmers nach seiner Entsendung abdecken soll, eine unverhältnismäßige Belastung dar. So ist als Maßnahme, die mit der Dienstleistungsfreiheit besser zu vereinbaren ist, der Erlass eines Mahnbescheids zur Beitreibung der durch eine gegebenenfalls erfolgte Rückführung tatsächlich entstandenen Kosten denkbar. Folglich sind die in der Verordnung aufgestellten Bedingungen kein angemessenes Mittel zur Erreichung des Zieles, eine Destabilisierung des örtlichen Arbeitsmarktes zu verhindern. (Rn. 47, 48)

12.3.4 Fall Kommission/Republik Österreich EuGH Slg. 2006, I-9041[23]

In einem Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen die Republik Österreich ging es darum, ob die in § 18 Abs. 1 des österreichischen Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) vorgesehene Pflicht, eine Bewilligung einzuholen, bevor Ausländer in Österreich von einem Arbeitgeber beschäftigt werden können, der seinen Betriebssitz nicht im Gebiet dieses Mitgliedsstaates hat, mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar ist. Nach den entsprechenden Regelungen im AuslBG wird die erforderliche Genehmigung nur erteilt, wenn der entsandte drittstaatsangehörige Arbeitnehmer bei dem Unternehmen des Herkunftsstaates ordnungsgemäß und dauerhaft seit mindestens einem Jahr oder in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis beschäftigt ist und die Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden. Zudem musste die Bewilligung vor der Entsendung erteilt werden. Eine Legalisierung der Einreise ohne Sichtvermerk in das Staatsgebiet war nicht möglich.

Der EuGH hat entschieden, dass die Einholung einer vorherigen Bewilligung mit der Dienstleistungsfreiheit unvereinbar sei. Eine bloße Anzeige des entsendenden Unternehmens sei ausreichend. Eine Verletzung der Dienstleistungsfreiheit stelle auch das Erfordernis dar, dass der Arbeitnehmer seit mindestens einem Jahr beim Entsendeunternehmen beschäftigt sein muss und auch die nachträgliche Genehmigung eines ohne Sichtvermerk in das Staatsgebiet eingereisten Arbeitnehmers nicht möglich sei.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Eine nationale Regelung, die die Erbringung von Dienstleistungen im Inland durch ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenes Unternehmen von der Erteilung einer behördlichen Erlaubnis abhängig macht, stellt eine Beschränkung dieser Freiheit im Sinne von Art. 49 EG (nunmehr Art. 56 AEUV) dar. (Rn. 40)

[23] siehe auch NJW 2007, 827; EuZW 2007, 89; NZBau 2007, 31.

2. Das Verfahren der EU-Entsendebestätigung hat den Charakter eines Erlaubnisverfahrens. Da nämlich die Erteilung dieser Bestätigung für die Entsendung unerlässlich ist und erst nach Überprüfung der Voraussetzungen des § 18 Abs. 13 AuslBG durch die zuständigen nationalen Behörden erfolgt, lässt sich nicht sagen, dass es sich um ein bloßes Anmeldeverfahren handele. (Rn. 41)
3. Dieses Verfahren kann überdies umso mehr die Erbringung von Dienstleistungen durch den Einsatz entsandter drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer erschweren oder sogar unmöglich machen, als es für die Behandlung des Antrags auf Erteilung dieser Bestätigung eine Frist vorsieht, die bis zu sechs Wochen dauern kann. (Rn. 42)
4. Allerdings haben die Mitgliedstaaten die Befugnis zu kontrollieren, ob die nationalen und gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften im Bereich der Erbringung von Dienstleistungen beachtet worden sind. Diese Kontrollen müssen aber die vom Gemeinschaftsrecht gezogenen Grenzen beachten und dürfen die Dienstleistungsfreiheit nicht illusorisch machen. (Rn. 43)
5. Die EU-Entsendebestätigung kann jedoch nicht als geeignetes Mittel zur Erreichung des geltend gemachten Zieles angesehen werden. So berücksichtigt ein solches Verfahren, das auf die systematische Einhaltung der österreichischen Lohn- und Beschäftigungsbedingungen abstellt, nicht die sozialen Schutzmaßnahmen, insbesondere im Bereich der Arbeitsbedingungen und der Entlohnung, denen das entsendende Unternehmen nach dem im Herkunftsstaat geltenden Recht oder nach einem mit dem betreffenden Drittstaat geschlossenen Kooperationsabkommen unterliegt. Deren Anwendung kann ebenso geeignet sein, eine ernste Gefahr der Ausbeutung von Arbeitnehmern sowie der Verfälschung des Wettbewerbs zwischen den Unternehmen auszuschalten. (Rn. 48, 49)
6. Zum anderen geht die Bedingung, die die Erteilung der EU-Entsendebestätigung vom Bestehen von Arbeitsverträgen mit einer Laufzeit von mindestens einem Jahr oder von unbefristeten Arbeitsverträgen abhängig macht, über das hinaus, was im Namen des Zieles des sozialen Schutzes als notwendige Voraussetzung für die Erbringung von Dienstleistungen mittels Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer verlangt werden kann. (Rn. 50)
7. Was schließlich die Rechtfertigung mit Gründen des Schutzes der öffentlichen Ordnung und Sicherheit betrifft, ist hierzu festzustellen, dass ein solcher Rechtfertigungsgrund nur geltend gemacht werden kann, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. (Rn. 63, 64)
8. Zwar stellt es unbestreitbar eine Zuwiderhandlung dar, wenn ein Drittstaatsangehöriger, der der Sichtvermerkspflicht unterliegt, ohne gültigen Sichtvermerk in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats einreist. Die deshalb vorgesehene automatische Versagung einer Einreise- oder Aufenthaltserlaubnis stellt eine Sanktion dar, die der Schwere der begangenen Zuwiderhandlung umso weniger angemessen ist, als sie unberücksichtigt lässt, dass der ohne gültigen Sichtvermerk entsandte Arbeitnehmer in dem Mitgliedstaat,

von dem aus er entsandt worden ist, legalen Status hat und sich auch nach den österreichischen Entsendevorschriften rechtmäßig verhält, so dass er nicht von vornherein eine Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit darstellen kann. (Rn. 65)

9. Mithin ist festzustellen, dass die automatische Versagung der Einreise- oder Aufenthaltserlaubnis in Fällen, in denen ein rechtmäßig entsandter drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer ohne Sichtvermerk in das österreichische Staatsgebiet einreist, außer Verhältnis zu dem mit ihr angestrebten Ziel steht. (Rn. 67)

12.3.5 Fall Kommission/Bundesrepublik Deutschland (C-244/04) EuGH Slg. 2006, I-885[24]

In einem Vertragsverletzungsverfahren, das die Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland angestrengt hat, ging es um die mittlerweile geänderten Regelungen der §§ 1–3 sowie 10 des Ausländergesetzes (nunmehr Aufenthaltsgesetz). Danach benötigten Angehörige von Drittstaaten, die sich länger als drei Monate im Bundesgebiet aufhalten wollten, um eine unselbständige Erwerbstätigkeit auszuüben, eine besondere Aufenthaltsgenehmigung. Die Modifikation dieser Genehmigung wurde einem Runderlass geregelt. In dem Visumantrag mussten unter anderem Beginn und Ende der Entsendung des Drittstaatenangehörigen klar begrenzt und bestimmt sein. Der Arbeitnehmer muss seit mindestens einem Jahr beim Entsendeunternehmen beschäftigt sein. Vorzulegen waren zudem die Aufenthaltserlaubnis und ggf. die im Mitgliedsstaat, in dem das Entsendeunternehmen ansässig ist, erteilte Arbeitserlaubnis. Der Drittstaatenangehörige musste zudem dem staatlichen Sozialversicherungssystem des Mitgliedsstaates angehören und über einen Reisepass verfügen, der für die vorgesehene Aufenthaltszeit gültig war.

Die Kommission macht geltend, deutsche Behörden benachteiligen durch diese Praxis die in einem anderen Mitgliedsstaat als der Bundesrepublik ansässigen Dienstleistungserbringer bei einer Entsendung ihrer Mitarbeiter aus Drittstaaten. Diese Dienstleistungserbringer werden besonderen Erfordernissen unterworfen, die gegenüber ihren in Deutschland ansässigen Wettbewerbern nicht zur Anwendung kommen, da diese ungehindert ihr Personal einsetzen könnten. Derartige Beschränkungen seien nach Art. 49 EG (nunmehr Art. 56 AEUV) verboten.

Der EuGH sah in der auf dem Ausländergesetz basierenden Praxis eine Verletzung von Art. 49 EG (nunmehr Art. 56 AEUV). Grund hierfür sei, dass sich die deutschen Regelungen nicht darauf beschränken, die Entsendung von Arbeitnehmern, die Angehörige von Drittstaaten sind und in ihrem Hoheitsgebiet Dienstleistungen erbringen wollen, von der vorherigen Genehmigung abhängig machen und sich nicht auf die vorherige Abgabe einer einfachen Erklärung durch das in einem anderen Mitgliedsstaat ansässige Unternehmen beschränkt. Zudem werde zu Unrecht verlangt, dass die Mitarbeiter aus Drittstaaten mindestens ein Jahr bei dem Entsendeunternehmen beschäftigt sein müssen.

[24] siehe auch NZA 2006, 199; EuZW 2006, 145; NVwZ 2006, 313.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Art. 49 EG-Vertrag (nunmehr Art. 56 AEUV) verlangt nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung des in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen, sofern sie geeignet sind, die Tätigkeiten des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen. (Rn. 30)
2. Die mit den deutschen Regelungen einhergehenden administrativen und finanziellen Belastungen sind geeignet, die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit mittels entsandter Arbeitnehmer, die Drittstaatsangehörige sind, zu erschweren oder ganz unmöglich zu machen, und zwar insbesondere dann, wenn eine zügige Erbringung der betreffenden Dienstleistung geboten ist. (Rn. 35)
3. Die Mitgliedstaaten haben die Befugnis zu kontrollieren, ob die nationalen und gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften beachtet worden sind. So dürfen Mitgliedsstaaten kontrollieren, ob ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen in Entsendungsfällen den freien Dienstleistungsverkehr nicht zu einem anderen Zweck als dem der Erbringung der betreffenden Leistung nutzt. Allgemein müssen diese Kontrollen aber die vom Gemeinschaftsrecht gezogenen Grenzen beachten und dürfen die Dienstleistungsfreiheit nicht illusorisch machen.[25] (Rn. 36, 40)
4. So wäre eine Verpflichtung, eine einfache vorherige Erklärung dahin gehend abzugeben, dass der Aufenthalt, die Arbeitserlaubnis und die soziale Absicherung der betreffenden Arbeitnehmer in dem Mitgliedstaat, in dem sie von diesem Unternehmen beschäftigt werden, ordnungsgemäß sind, weniger einschneidend. Eine solche Verpflichtung würde es den nationalen Behörden ermöglichen, diese Angaben nachträglich zu überprüfen und die im Fall einer rechtswidrigen Beschäftigung dieser Arbeitnehmer gebotenen Maßnahmen zu ergreifen. Zur Erfüllung dieser Verpflichtung könnte auch die einfache Übersendung der erforderlichen Schriftstücke verlangt werden, insbesondere wenn die Dauer der Entsendung keine wirksame Vornahme einer solchen Kontrolle zulässt. (Rn. 41)
5. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Mitgliedstaaten den freien Dienstleistungsverkehr beeinträchtigende Kontrollmaßnahmen mit zwingenden Gründen des Allgemeininteresses nur dann rechtfertigen können, sofern dieses Interesse nicht bereits durch Vorschriften geschützt wird, denen der Dienstleistende in dem Mitgliedstaat unterliegt, in dem er ansässig ist. (Rn. 48)
6. Mithin geht die der Entsendung vorausgehende Kontrolle, die sich aus der Praxis der deutschen Behörden ergibt, über das hinaus, was zur Verhinderung der Missbräuche erforderlich ist, zu denen es bei der Durchführung des freien Dienstleistungsverkehrs kommen kann. (Rn. 42)

[25] vgl. Rush Portuguesa EuGH Slg. 1990, I-1417.

7. Zudem ist das Erfordernis einer mindestens einjährigen Vorbeschäftigungszeit bei dem entsendenden Unternehmen im Hinblick auf das von der Bundesrepublik Deutschland angeführten Ziels der sozialen Sicherheit des Arbeitnehmers als unverhältnismäßig anzusehen. (Rn. 63)

12.3.6 Fall Termiso Limitada EuGH Slg. 2010, I-9133[26]

Das Unternehmen Termiso Limitada entsandte regelmäßig portugiesische Schweißer und Monteure zu einer Werft der Antwerp Shiprepair NV zur Durchführung von Arbeiten an Schiffen. Bei einer Kontrolle dieser Werft im Jahr 2004 stellte die Aufsichtsbehörde fest, dass dort 53 portugiesische Arbeitnehmer der Termiso Limitada beschäftigt waren und dass für keinen dieser Arbeitnehmer eine vorherige Entsendungsanmeldung vorlag. Ferner konnte der portugiesische Vorarbeiter keine portugiesischen Lohnunterlagen hinsichtlich der Abrechnung der Sozialversicherung in Portugal (sog. vergleichbare Dokumente) vorlegen. Die einschlägigen Regelungen des belgischen Sozialrechts machen den Beginn der Entsendung davon abhängig, dass dem entsendenden ausländischen Unternehmen eine Registrierungsnummer für die Entsendung bekannt gegeben wird. Für diese Bekanntgabe wird den belgischen Behörden eine Frist von fünf Werktagen nach Eingang der Entsende-Anmeldung eingeräumt. Die Geschäftsführer von Termiso Limitada wurden wegen Verletzung der strafbewehrten Regelungen angeklagt. Das zuständige belgische Strafgericht legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die im belgischen Sozialrecht vorgesehene Verpflichtung, eine Entsendemeldung abzugeben und Dokumente zur Verfügung zu halten, die mit den belgischen Einzelkonten oder der Abrechnung vergleichbar sind, der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV vereinbar ist.

Der EuGH hält die einschlägigen sozialrechtlichen Vorschriften für unvereinbar mit Art. 56 AEUV. Zunächst wird festgestellt, dass die Entsende-Richtlinie 96/71 nicht betroffen sei, da sie keine Regelung über verwaltungsrechtliche Überwachungsmaßnahmen enthalte, so dass allein die Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit zu prüfen ist. Die belgischen Regelungen stellen kein – regelmäßig zulässiges – Anmeldeverfahren sondern ein Genehmigungsverfahren dar. Der Arbeitnehmer dürfe erst entsandt werden, wenn das ausländische Unternehmen innerhalb der Frist von fünf Tagen die Registrierungsnummer erhalten hat. Damit werde die zügige Erbringung gebotener Dienstleistungen erschwert.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Die im belgischen Sozialrecht vorgesehene Regelung über die vorherige Entsendeanmeldung dient der Überwachung der Einhaltung der in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 aufgeführten Arbeits und Beschäftigungsbedingungen durch Arbeitgeber, die ausländische Arbeitnehmer in das belgische Hoheits-

[26] siehe auch NZA 2010, 1404.

gebiet entsenden. Allerdings fallen solche Überwachungsmaßnahmen nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie und sind nicht auf der Ebene der Europäischen Union harmonisiert. (Rn. 25)

2. Die Richtlinie 96/71 dient der Koordinierung der nationalen Regelungen über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der entsandten Arbeitnehmer, unabhängig von verwaltungsrechtlichen Nebenbestimmungen, die die Überwachung der Einhaltung dieser Bedingungen erlauben sollen und von den Mitgliedstaaten unter Beachtung des Vertrags und der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts frei bestimmt werden können. (Rn. 26, 27)
3. Ein nationales Verfahren, das die Erbringung von Dienstleistungen durch ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenes Unternehmen im Inland von der Erteilung einer behördlichen Erlaubnis abhängig macht, stellt jedoch eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit im Sinne von Art. 56 AEUV dar. Ein solches Verfahren kann wegen der für die Übersendung dieser Bekanntgabe vorgesehenen Frist die beabsichtigte Entsendung und infolgedessen die Ausübung der Dienstleistungstätigkeit behindern, und zwar insbesondere dann, wenn eine zügige Erbringung der betreffenden Dienstleistung geboten ist. (Rn. 35, 36)
4. Das Verfahren zur vorherigen Entsende-Anmeldung kann nicht als bloßes Anmeldeverfahren bezeichnet werden. Grundsätzlich sind die Übermittlung von Informationen an die Behörden des Aufnahmemitgliedstaats und die Bescheinigung über ihren Empfang mit einem Genehmigungsverfahren vergleichbar. Da nämlich die erwähnte Bekanntgabe vor der Entsendung der Arbeitnehmer durch ihren Arbeitgeber erfolgen muss und erst nach der Prüfung der Konformität der vorherigen Entsendungsanmeldung durch die nationalen Behörden stattfindet, hat ein solches Verfahren den Charakter eines Genehmigungsverfahrens. (Rn. 34)
5. Zudem kann die vorgegebene Wartezeit von fünf Tagen bei dringenden Reparaturaufträgen sowohl für den Arbeitgeber als auch für den Empfänger einer Dienstleistung, die in der Entsendung von Arbeitnehmern besteht, eine derartige Dienstleistung behindern oder zumindest weniger attraktiv machen (Rn. 38).
6. Es ist einem Arbeitgeber, der eine Entsendung in das belgische Hoheitsgebiet durchführt, ohne dass ihm eine Registriernummer seiner vorherigen Entsendungserklärung bekannt gegeben wird, nicht möglich, den Beweis der geforderten Informationen durch vergleichbare Personaldokumente zu führen. Somit stellt das Erfordernis der Übermittlung einer vorherigen Entsendungsanmeldung und der Bekanntgabe ihrer Registrierungsnummer, wie in der vereinfachten Regelung vorgesehen, eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne von Art. 56 AEUV dar (Rn. 39, 40).
7. Somit erweist sich zwar die Versendung der vorherigen Entsendungsanmeldung als geeignetes Mittel, den belgischen Behörden die erforderlichen Angaben zu übermitteln, doch geht ein Registrierungs- und Bekanntgabeverfahren, das den Charakter eines Verfahrens der Verwaltungsgenehmigung

annimmt, über das zur Gewährleistung des Schutzes der entsandten Arbeitnehmer Erforderliche hinaus (Rn. 51, 52).

8. Ferner stellt die Vorlage vergleichbarer Unterlagen aus dem Niederlassungsstaat innerhalb einer angemessenen Frist bzw. die Zurverfügungstellung dieser Unterlagen oder Kopien auf der Baustelle oder an einem zugänglichen und klar bezeichneten Ort im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats, ein weniger einschneidendes Mittel dar, um den sozialen Schutz der Arbeitnehmer entsprechend der Richtlinie 96/71 sicherzustellen, als die Erstellung von neuen Dokumenten nach den Regelung des Aufnahmemitgliedsstaates (Rn. 57, 58).
9. Ebenso stellt die Verpflichtung, nach Abschluss des Entsendungszeitraums die Dokumente oder ihre Kopien den nationalen Behörden des Aufnahmemitgliedstaats zu übermitteln, die diese kontrollieren und gegebenenfalls aufbewahren können, eine weniger einschneidende Maßnahme zur Gewährleistung der Überwachung der Einhaltung der Regelungen zum Schutz der Arbeitnehmer dar als eine Verpflichtung für den Arbeitgeber, diese Dokumente im Hoheitsgebiet dieses Staates nach diesem Zeitraum aufzubewahren (Rn. 59).

12.4 Auswirkung auf die deutsche Rechtsordnung und die arbeits- und strafrechtliche Praxis

Die dargestellten Entscheidungen verdeutlichen zunächst das Fehlen eines abgestimmten präventiven Verfahrens zum Austausch von Daten und Informationen auf EU-Ebene.[27] Jeder Mitgliedsstaat erlässt daher nach eigenem Ermessen Anmelde-, Auskunfts-, Dokumentations- und Nachweispflichten, die dann wegen einer möglichen Verletzung der Dienstleistungsfreiheit ausländischer Arbeitgeber zu den dargestellten Vertragsverletzungsverfahren geführt haben. Aus den EuGH-Entscheidungen wird hinreichend deutlich, dass die Mitgliedsstaaten zwar nach eigenem Ermessen entsprechende administrative Pflichten vorsehen können, sie dabei aber die EU-Grundfreiheiten und insbesondere den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachten müssen.

12.4.1 Grundsätzliche Zulässigkeit der deutschen Regelungen über Anmelde-, Dokumentations- und Nachweispflichten

Unter Beachtung der dargestellten Rechtsprechungsgrundsätze dürften die im MiLoG und im AEntG vorgesehenen Regelungen über die vorherige Anzeige der Tätigkeit von Arbeitnehmern aus dem EU-Ausland grundsätzlich mit dem Unions-

[27] vgl. Termiso Limitada EuGH Slg. 2010, I-9133 (Rn. 25); Arblade EuGH Slg. 1999, I-8453 (Rn. 61); ferner zu den verwaltungsrechtlichen Möglichkeiten im Rahmen der sog. Durchsetzungs-Richtlinie: Heuschmid/Schierle in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 5 Rn. 75–77 sowie 178.

recht vereinbar sein. § 16 MiLoG sieht für Arbeitgeber mit Sitz im Ausland die Verpflichtung vor, vor Beginn jeder Werk- oder Dienstleistung eine schriftliche Anmeldung in deutscher Sprache bei der zuständigen Behörde der Zollverwaltung vorzulegen. Betroffen von dieser Meldepflicht sind die in § 2 a SchwarzarbeitsbekämpfungsG genannten Branchen.[28] Vergleichbare Meldepflichten finden sich in § 18 Abs. 1 AEntG für Arbeitgeber mit Sitz im Ausland, die Arbeitnehmer in einer der in den §§ 3, 4 AEntG genannten Branchen entsenden.[29]

§ 16 MiLoG bzw. § 18 AEntG sieht damit lediglich ein Anzeigeverfahren und kein Genehmigungsverfahren vor.[30] Ein Anzeigeverfahren ist grundsätzlich mit der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV vereinbar, da es in verhältnismäßiger Weise den Mitgliedsstaat berechtigt, die Einhaltung der Mindeststandards nach Art. 3 Abs. 1 Entsende-Richtlinie zu überwachen.[31] Nach der EuGH-Rechtsprechung ist lediglich eine vorherige Genehmigung für die Entsendung[32] oder ein Registrierungsverfahren mit einem Bekanntgabeerfordernis[33] mit der Dienstleistungsfreiheit unvereinbar. Auch fordert weder das MiLoG noch das AEntG die Beibringung einer Bankbürgschaft[34] oder fordert von den entsandten Arbeitnehmern eine Vorabbeschäftigungszeit von einem Jahr bei dem entsendenden Unternehmen[35].

Die in § 17 MiLoG bzw. § 19 AEntG vorgesehenen Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten dürften unter dem Vorbehalt, dass keine vergleichbaren Unterlagen im Niederlassungsstaat vorhanden sind, auf die sich der EU-Dienstleister ohne Probleme gegenüber der Zollverwaltung berufen könnte[36], ebenfalls mit dem Unionsrecht vereinbar sein.[37] Allerdings könnte die in § 17 Abs. 2 Satz 1 MiLoG

---

[28] vgl. zu den Wirtschaftsbereichen oder –zweigen oben II. Die Anmeldung muss die für die Prüfung wesentlichen Angaben, wie Familienname, Beginn und Dauer der Beschäftigung, Ort der Beschäftigung usw., enthalten.

[29] vgl. hinsichtlich der in § 4 AEntG genannten Branchen Kapitel 11.

[30] vgl. hierzu auch Mindestlohnanmelde-Verordnung, BGBl. I 2014, 1825 sowie Mindestlohnaufzeichnungs-Verordnung, BGBl. I 2014, 1824.

[31] Hinsichtlich der dargestellten EuGH-Rechtsprechung zu einem unverhältnismäßigen Genehmigungsverfahren und einem als milderes Mittel zulässigem Anzeigeverfahren ist auf die Parallelen zur Rechtsprechung des BVerfG zu den verwaltungsrechtlichen Instituten eines präventiven Verbots mit Befreiungs- oder Erlaubnisvorbehalt zu verweisen. Das BVerfG leitet aus den Grundrechten und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ab, dass Verbote mit Erlaubnis- oder Befreiungsvorbehalt nur dann zulässig sind, wenn die bloße Anzeige einer Tätigkeit vor dem Hintergrund der Gefahrenabwehr nicht ausreichend erscheint; vgl. BVerfGE 61, 318 (Tierpräparator); BVerfGE 17, 314 (Mitfahrzentrale); BVerfGE 20, 158 (Sammlungsfall); BVerwGE 22, 286 (Wahrsager).

[32] vgl. Kommission/Österreich EuGH Slg. 2006, I-9041; Kommission/Deutschland EuGH Slg. 2006, I-885; Kommission/Luxemburg EuGH Slg. 2004, I-10191.

[33] vgl. Termiso Limitada EuGH Slg. 2010, I-9133.

[34] vgl. Kommission/Luxemburg EuGH Slg. 2004, I-10191.

[35] vgl. Kommission/Deutschland EuGH Slg. 2006, I-885; Kommission/Österreich EuGH Slg. 2006, I-9041.

[36] vgl. Arblade EuGH Slg. 1999, I-8453; ferner Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, S. 542; Hantel ZESAR 2014, 313.

[37] Problematisch könnte allerdings die Verpflichtung nach § 17 Abs. 2 Satz 2 MiLoG sein, auf Verlangen der Prüfbehörde die Unterlagen auch am Ort der Beschäftigung bereitzuhalten, die nach

und § 19 Abs. 2 Satz 1 AEntG vorgesehene Verpflichtung zur Bereithaltung der Unterlagen für längstens zwei Jahre mit der Dienstleistungsfreiheit unvereinbar sein, wenn bei dem Dienstleister die Bereitschaft bestünde, nach Beendigung der Entsendung der Zollverwaltung die entsprechenden Personaldokumente zu übergeben.

12.4.2 Berücksichtigung der EU-Grundfreiheiten bei Einzelfallentscheidungen

Gleichwohl könnten die im MiLoG und im AEntG vorgesehenen Anzeige- und Dokumentationspflichten im Einzelfall dann zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit führen, wenn Arbeitnehmer regelmäßig während ihrer mobilen Tätigkeit die Grenzen von Mitgliedsstaaten überschreiten, wie z. B. Lkw-Fahrer, Zug- und Flugpersonal, Binnenschiffer oder Servicekräfte im grenznahen Bereich.[38] Die rechtzeitige Anzeige und auch Dokumentation von Tätigkeiten im Geltungsbereich des MiLoG bzw. des AEntG dürfte im Fall der genannten Arbeitnehmergruppen mit erheblichen praktischen Problemen verbunden sein. Ähnliches gilt für den Fall, dass Servicekräfte, z. B. im Bewachungs-, Gebäudereinigungs- und Logistikbereich, regelmäßig wechselnd bei Kunden in den grenznahen Regionen Tschechien, Polen und Deutschland bzw. Luxemburg, Holland, Belgien und Deutschland eingesetzt werden. Der EuGH hat insbesondere in den Entscheidungen Mazzoleni[39] und Arblade[40] festgestellt, dass unverhältnismäßige Verwaltungskosten bei der stundenweisen Berechnung und Dokumentation eines Arbeitseinsatzes im grenznahen Bereich eine Verletzung der Dienstleistungsfreiheit darstellen kann.[41]

Obwohl somit die Anzeige- und Dokumentationspflichten nach dem MiLoG und dem AEntG grundsätzlich mit den dargestellten Vorgaben der EuGH-Rechtsprechung vereinbar sind, müssten die Zollverwaltung wie auch die im Ordnungswidrigkeitsverfahren[42] zuständigen Gerichte prüfen, ob die administrativen Pflichten

§ 21 Abs. 1 Nr. 8 MiLoG bußgeldbewährt ist. In diesem Fall könnte das Vorhandensein entsprechender Unterlagen am Sitz der Niederlassung entsprechend den dargestellten Rechtsprechungsgrundsätzen ausreichend sein.

[38] vgl. Sittard NZA 2015, 78; ferner Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, S. 542, 543; Aus diesem Grunde sehen die aufgrund § 16 Abs. 5 MiLoG ergangenen Rechtsverordnungen Mindestlohnmeldeverordnung (MiLoMeldV) und Mindestlohnaufzeichnungsverordnung (MiLoAufzV) auch vor, dass bei einer mobilen Tätigkeit oder bei einer Tätigkeit, die täglich an mehreren Beschäftigungsorten stattfindet, anstelle der Anmeldung eine Einsatzplanung vorgelegt wird.

[39] vgl. Mazzoleni/ISA EuGH Slg. 2001, I-2189.

[40] vgl. Arblade EuGH Slg. 1999, I-8453.

[41] Die gleichen Grundsätze lassen sich aus den dargestellten Vertragsverletzungsverfahren gegen Luxemburg, Österreich und Deutschland herleiten; vgl. Kommission/Großherzogtum Luxemburg EuGH Slg. 2004, I-10191; Kommission/Republik Österreich EuGH Slg. 2006, I-9041; Kommission/Bundesrepublik Deutschland (C-244/04) EuGH Slg. 2006, I-885.

[42] Es fällt auf, dass die meisten in den Kapiteln K und L zum Entsenderecht dargestellten Entscheidungen nicht aufgrund von Klagen betroffener Arbeitnehmer vor den jeweiligen Gerichten

im Einzelfall nicht doch zu einer unverhältnismäßigen Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit führen könnten.[43]

Die vorgenannten rechtlichen Erwägungen betreffen aber allein mögliche Verletzungen der Anmelde- und Dokumentationspflichten nach den §§ 16, 17 MiLoG bzw. §§ 18, 19 AEntG durch Arbeitgeber bzw. Dienstleister aus dem EU-Ausland. Deutsche Arbeitgeber und solche aus dem Nicht-EU-Ausland können sich in diesem Zusammenhang nicht auf die EU-Dienstleistungsfreiheit berufen. Dabei soll auch in diesem Zusammenhang auf das dabei auftretende Problem der Inländerdiskriminierung nicht weiter eingegangen werden.[44]

12.4.3 Arbeitnehmerfreizügigkeit und Entsenderecht

Rechtsdogmatisch interessant sind schließlich die Ausführungen des EuGH in der Rush-Entscheidung sowie im Vertragsverletzungsverfahren Kommission/Luxemburg[45] zum Anwendungsbereich des Arbeitnehmerfreizügigkeitsrechts in Entsendungsfällen. Wie in der Einleitung zu Kapitel K schon ausgeführt, sieht der EuGH durch das Erfordernis einer Aufenthaltserlaubnis für entsandte Arbeitnehmer deren Freizügigkeitsrecht nach Art. 45 AEUV – anders als die Dienstleistungsfreiheit des Arbeitgebers – als nicht verletzt an. Da die Arbeitnehmer aus dem EU-Ausland in Entsendungsfällen ihr Arbeitsverhältnis zum heimischen Arbeitgeber aufrechterhalten, begehren sie nicht den Zugang zum Arbeitsmarkt des Tätigkeitsstaates. So konnten sich die portugiesischen Arbeitnehmer in der Rush-Entscheidung nicht auf das Freizügigkeitsrecht nach Art. 45 AEUV berufen, da sie nicht den Zugang zum französischen Arbeitsmarkt begehrten. Sie wurden lediglich von ihrem portugiesischen Arbeitgeber nach Frankreich entsandt und kehren dann wieder nach Portugal zurück. Insoweit ist bei Entsendefällen der Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV nicht eröffnet, wenn sichergestellt ist, dass die Arbeitnehmer nach ihrer Tätigkeit wieder in den Niederlassungsstaat ihres Arbeitgebers zurückkehren.

---

für Arbeitssachen ergangen sind, sondern in Folge von staatlichen Aufsichtsinstanzen eingeleiteter Straf- und Bußgeldverfahren oder in Folge von Vertragsverletzungsverfahren. So sieht sich der in seiner Dienstleistungsfreiheit betroffene Arbeitgeber in der Regel nicht mit Klagen seiner Landsleute, sondern eher mit Zwangsmaßnahmen ausländischer Aufsichtsbehörden konfrontiert; vgl. hierzu Hantel ZESAR 2014, 313.

[43] vgl. Fuchs/Marhold a. a. O., S. 544, 546.

[44] vgl. hierzu u. a. Kewenig JZ 1990, 20; Schilling JZ 1994, 8 ff; Herdegen, Herdegen, Europarecht, 16. Auflage, § 6 Rn. 20; Frenz, Europarecht, Rn. 221; ders. in JZ 2007, 343; Hailbronner/Jochum, Europarecht II, Rn. 284; Hobe, Europarecht, 8. Auflage, Rn. 629–632; Bosman EuGH NZA 1996, 191; Höfner EuGH NZA 1991, 447; vgl. zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Inländerdiskriminierung BVerfGE 115, 276 (Sportwetten); BVerfG DVBl. 2006, 244 sowie NVwZ 2001, 187 (Meisterzwang).

[45] vgl. Rush EuGH Slg. 1990, I-1417; Kommission/Großherzogtum Luxemburg EuGH Slg. 2004, I-10191.

Arbeitszeit und Urlaubsrecht

13

► • Richtlinie 2003/88/EG (Arbeitszeit-Richtlinie)[1] (siehe Abb. 13.1)

Arbeitszeitregelungen dienen dem Schutz, der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer.[2] Aus diesem Grund soll die Beachtung von Mindestruhezeiten, angemessenen Ruhepausen, einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit sowie eines bezahlten Urlaubs in allen Mitgliedsstaaten unionsrechtlich verbindlich sein.[3] Zudem ist eine Angleichung von Regelungen über die zulässige Arbeitszeit und Gewährung von Urlaub auch für den Binnenmarkt und die damit zusammenhängenden Fragen, ob nationale Arbeitszeitregelungen beschränkende Wirkung haben, von Bedeutung.[4] Einheitliche unionsrechtliche Regelungen über die Arbeitszeit sollen einen Sozialkostenwettbewerb zwischen den Mitgliedsstaaten einschränken.[5] Das Arbeitszeitrecht gehört daher zu den Kompetenzbereichen, für die die EU nach Art. 151, 153 I b u. c AEUV regelungszuständig ist.[6]

---

[1] ABl. Nr. L 299 S. 9.

[2] vgl. Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 14 Rn. 1; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 7 Rn. 1; vgl. zur Auffassung des Vereinigten Königreichs, dass Arbeitszeitbeschränkungen nicht dem Schutz der Gesundheit dienen: EuGH NZA 1997, 24, 25.

[3] vgl. Riesenhuber a. a. O.

[4] vgl. Riesenhuber a. a. O. Rn. 2; Ulber in Preis/Sagan Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 6 Rn. 2–6.

[5] vgl. Ulber a. a. O. Rn. 5.

[6] vgl. Ulber a. a. O. Rn. 44.

P. Hantel, *Europäisches Arbeitsrecht,* Springer-Lehrbuch,
DOI 10.1007/978-3-662-46894-4_13

13.1 Die Richtlinie 2003/88/EG (Arbeitszeit-Richtlinie)

Die Arbeitszeit-Richtlinie RL 2003/88/EG regelt zunächst die in den Mitgliedsstaaten zulässige tägliche und wöchentliche Arbeitszeit. Grundsätzlich soll nach Art. 6 der Richtlinie 2003/88/EG die durchschnittliche Arbeitszeit pro 7-Tage-Zeitraum 48 h einschließlich der Überstunden nicht überschreiten. Die tägliche Ruhezeit muss bei einem 24-Stunden-Zeitraum eine Mindestdauer von 11 zusammenhängenden Stunden betragen, Art. 3 Arbeitszeit-Richtlinie. Jedem Arbeitnehmer muss nach Art. 4 der Arbeitszeit-Richtlinie bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 6 h, eine Ruhepause gewährt werden. Zudem muss nach Art. 5 der Arbeitszeit-Richtlinie jedem Arbeitnehmer pro 7-Tage-Zeitraum eine kontinuierliche Ruhezeit von 24 h zzgl. der täglichen Ruhezeiten von 11 h gewährt werden.

13.1.1 Der Begriff der Arbeitszeit

Maßgeblich ist für diese Regelungen der Begriff der Arbeitszeit, der nach Art. 2 Nr. 1 Arbeitszeit-Richtlinie jede Zeitspanne umfasst, während der ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt. Der Verweis auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften führt aber nicht dazu, dass die Mitgliedsstaaten den Begriff der Arbeitszeit mit bindender Wirkung für das Unionsrecht definieren können.[7] Vielmehr ist der Arbeitszeitbegriff der Richtlinie ein autonomer Begriff des EU-Rechts, der allein nach unionsrechtlichen Kriterien auszulegen ist.

Im Vergleich zu den Zeiten, zu denen der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zur Verfügung steht bzw. seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt, ist nach Nr. 2 Ruhezeit jede Zeit, die nicht Arbeitszeit ist. Nach der Definition Arbeitszeit in Art. 2 Nr. 1 Arbeitszeit-Richtlinie kann davon ausgegangen werden, dass der Bereitschaftsdienst zur Arbeitszeit im Sinne der Richtlinie zählt, da der Arbeitnehmer während dieser Zeit dem Arbeitgeber zur Verfügung steht. Es kommt somit nicht darauf an, ob der Arbeitnehmer während des Bereitschaftsdienstes tatsächlich arbeitet.[8] Im Gegensatz dazu erfordert die Rufbereitschaft nur, dass der Arbeitnehmer zwar erreichbar sein muss, währenddessen aber weiterhin frei über seine Zeit verfügen und den eigenen Interessen nachgehen kann. Die Rufbereitschaft wird daher als Ruhezeit qualifiziert. Nur soweit es tatsächlich während der Rufbereitschaft zu einem Arbeitseinsatz kommt, handelt es sich auch um Arbeitszeit.[9]

[7] vgl. hierzu Ulber a. a. O. Rn. 99.

[8] vgl. Vorel EuGH Slg. 2007, I-331; ferner Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 14 Rn. 16; Schliemann NZA 2006, 1009.

[9] vgl. Jaeger EuGH Slg. 2003, I-8389; Simap Slg. 2000, I-7963.

13.1.2 Keine Regelung über Zahlungspflichten

Die Arbeitszeit-Richtlinie enthält dagegen keine Regelung darüber, ob und in welchem Umfang die Arbeit vom Arbeitgeber zu bezahlen ist. Die Frage der Bezahlung fällt nach wie vor in die Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten. Nach Art. 153 Abs. 5 AEUV gelten die Regelungskompetenzen u. a. nicht für das Arbeitsentgelt. Daher kann aus der Arbeitszeit-Richtlinie auch keine Vergütung von Bereitschaftsdiensten hergeleitet werden.[10] Insoweit handelt es sich bei der Arbeitszeit-Richtlinie vorrangig um eine öffentlich-rechtliche Arbeitnehmerschutzregelung über die maximal zulässige Arbeitszeit.[11] Die Mitgliedsstaaten sind daher verpflichtet, ihre entsprechenden Arbeitsschutzbestimmungen der Richtlinie anzupassen und durch sonstige Maßnahmen zu verhindern, dass ihre Vorgaben missachtet werden.

13.1.3 Schadenersatzansprüche bei Verletzung der Arbeitszeit-Richtlinie

Abweichend von dem Grundsatz, dass sich aus der Arbeitszeit-Richtlinie keine Ansprüche auf Bezahlung herleiten lassen, sah sich der EuGH im Zusammenhang mit einer gezielten Verletzung der Arbeitszeit-Richtlinie durch staatliche Arbeitgeber veranlasst, dem betroffenen Arbeitnehmer einen Schadenersatz – oder Entschädigungsanspruch – zuzusprechen. Nachdem der EuGH bereits 2005 festgestellt hatte, dass die Richtlinie 2003/88/EG auch für die Feuerwehr zur Anwendung kommt,[12] musste er sich in zwei Entscheidungen mit der Frage auseinandersetzen, ob ein Hauptbrandmeister, der durchschnittlich 54 h in der Woche abzuleisten hatte, hierfür Entschädigungsansprüche geltend machen kann[13] und ob eine Versetzung in diesem Zusammenhang unionsrechtlich wirksam ist.[14]

13.2 Mindesturlaubsanspruch nach der EU-Arbeitszeit-Richtlinie

Zahlungsansprüche gewährt dagegen die Richtlinie im Zusammenhang mit der Garantie eines bezahlten Jahresurlaubs. Nach Art. 7 Abs. 1 Arbeitszeit-Richtlinie müssen alle Mitgliedsstaaten einen bezahlten Mindesturlaub von vier Wochen vorsehen. Die Mitgliedsstaaten können lediglich in Grenzen die Einzelheiten für die Inanspruchnahme und die Gewährung des Urlaubs regeln. So kann der nationale

[10] vgl. Dellas EuGH Slg. 2005, I-10253, Rn. 39; ferner Ulber a. a. O. Rn. 93.

[11] vgl. Thüsing Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 7 Rn. 4; ferner Schliemann NZA 2006, 1013; Ulber a. a. O. Rn. 93.

[12] vgl. Personalrat der Feuerwehr Hamburg EuGH, Slg. 2005, I-7110.

[13] vgl. Fuß II EuGH Slg. 2010, I-12167; ferner Preis/Ulber ZESAR 2011, 147; Wank AuR 2011, 200; Franzen EuZA 2012, 334, 335.

[14] vgl. Fuß I EuGH Slg. 2010, I-9849.

Gesetzgeber die Fälligkeit des Urlaubs beschränken. Eine Wartezeit von 13 Wochen – vor deren Ablauf kein Urlaubsanspruch fällig wird – sei nach Auffassung des EuGH richtlinienkonform.[15]

Dagegen sind mit der Arbeitszeit-Richtlinie nationale Regelungen unvereinbar, wonach eine effektive Mindestarbeitszeit von einem Monat oder mindestens zehn Tagen vorgelegen haben muss, um Urlaubs- bzw. Urlaubsabgeltungsansprüche zu erlangen.[16] Gleichermaßen unwirksam sind nationale Vorschriften, nach denen ein Arbeitnehmer, der während des bezahlten Jahresurlaubs arbeitsunfähig wird, nicht berechtigt ist, den Jahresurlaub, der mit der Arbeitsunfähigkeit zusammenfällt, später in Anspruch zu nehmen.[17] Zudem sollte in diesem Zusammenhang noch darauf hingewiesen werden, dass der so geschützte Urlaubsanspruch nur den in der Richtlinie genannten Jahresmindesturlaub erfasst. Ein darüber hinaus bestehender Urlaubsanspruch aufgrund Arbeitsvertrag, Tarifvertrag oder mitgliedschaftlichen Vorschriften wird von der Arbeitszeit-Richtlinie nicht erfasst.[18]

13.3 Praktische Fallbeispiele

Die nachfolgenden Entscheidungen behandeln die Frage, ob Bereitschaftsdienst auch zur Arbeitszeit gehört[19] und welche Ansprüche Arbeitnehmer geltend machen können, die regelmäßig über die gesetzlich zulässige Arbeitszeit tätig sein müssen.[20] Für das Urlaubsrecht von großer praktischer Bedeutung ist die EuGH-Rechtsprechung, wonach der Urlaub nicht verfalle, wenn der Arbeitnehmer krankheitsbedingt nicht in der Lage war, im laufenden Jahr Erholungsurlaub zu nehmen.[21] Schließlich hat der EuGH auch entschieden, dass nach Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeit-Richtlinie auch ein Urlaubsabgeltungsanspruch bei Tod des Arbeitnehmers nicht untergeht.[22]

13.3.1 Fall Vorel EuGH Slg. 2007, I-331

V ist angestellter Oberarzt in einem Krankenhaus von Českŷ Krumlov (im Folgenden NCK) beschäftigt. Nach Art. 83 des Tschechischen Arbeitsgesetzbuches ist Arbeitszeit die Zeitspanne, in der der Arbeitnehmer für den Arbeitgeber arbeiten muss. Ruhezeiten stellen keine Arbeitszeit dar. Bereitschaftsdienst ist die Zeitspanne, in der der Arbeitnehmer dazu bereit ist, eine Arbeitsleistung aufgrund des Arbeitsvertrages zu erbringen, die im Notfall außerhalb der Arbeitszeit erbracht werden muss.

[15] vgl. BECTU EuGH Slg. 2001, I-4881.
[16] vgl. EuGH vom 24. Januar 2012, Rs. C-282/10 Dominguez.
[17] vgl. EuGH vom 21. Juni 2012, Rs. C-78/11 ANGED.
[18] vgl. Neidel EuGH NJW 2012, 2420.
[19] vgl. Vorel EuGH, Slg. 2007, I-331.
[20] vgl. Fuß I EuGH Slg. 2010, I-9849; Fuß II EuGH Slg. 2010, I-12167.
[21] vgl. Schultz-Hoff EuGH Slg. 2009, I-179; Neidel EuGH NJW 2012, 2420.
[22] vgl Bollacke EuGH NJW 2014, 2415.

Bei der Arbeitsleistung während eines Bereitschaftsdienstes hat der Arbeitnehmer Anspruch auf ein Arbeitsentgelt. Bereitschaftsdienste, bei denen keine tatsächliche Arbeit geleistet wird, gelten nicht als Arbeitszeit. Dem Arbeitnehmer steht für diese Zeitspanne eine Vergütung zu, die nach besonderen Bestimmungen zu errechnen ist und niedriger ausfällt als die übliche Vergütung für Arbeitszeit. Nachdem das NCK im Jahr 2004 Bereitschaftsdienst gegenüber V angeordnet hat, hat dieser 230 h Bereitschaftsdienst geleistet. Diese Stunden wurden nur mit einem reduzierten Arbeitsentgelt vergütet. V beanstandet die Berechnungsmethode des NCK und beruft sich darauf, dass Bereitschaftsdienst wie normale Arbeitszeit zu vergüten sei. Das Bezirksgericht Cesky Krumlov legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob Regelungen eines Mitgliedsstaates, nach denen Bereitschaftsdienste nicht als Arbeitszeit anzusehen seien, mit der Arbeitszeit-Richtlinie vereinbar sind.

Nach Auffassung des EuGH ist der Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit im Sinne der Richtlinie 2003/88/EG (Arbeitszeitrichtlinie) zu qualifizieren, unabhängig davon ob V tatsächlich tätig wird oder nicht. Dagegen gilt entsprechend Art. 2 Nr. 1 der Arbeitszeitrichtlinie RL 2003/88/EG die Rufbereitschaft als Ruhezeit mit Ausnahme der Zeiten, in denen V tatsächlich tätig geworden ist. Nicht geklärt ist hiermit die Frage, ob und in welcher Höhe V für die vorgenannten Zeiten Arbeitsentgelt verlangen kann, da die Richtlinie zur Vergütung mit Ausnahme des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub keine Regelung über die Bezahlung von Arbeitszeiten enthält.[23]

Die wichtigsten Leitsätze

1. Durch die Richtlinie 93/104 (nunmehr Richtlinie 2003/88/EG) sollen Mindestvorschriften festgelegt werden, die dazu bestimmt sind, die Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer durch eine Angleichung namentlich der innerstaatlichen Arbeitszeitvorschriften zu verbessern. Diese gemeinschaftsweite Harmonisierung der Arbeitszeitgestaltung soll einen besseren Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer durch Gewährung von Mindestruhezeiten und angemessenen Ruhepausen sowie die Festlegung einer durchschnittlichen wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 48 h, bezüglich deren ausdrücklich klargestellt ist, dass sie auch die Überstunden einschließt, gewährleisten. Es handelt sich daher um besonders wichtige Regeln des Sozialrechts der Gemeinschaft, die jedem Arbeitnehmer zugutekommen müssen. (Rn. 23)
2. Als Arbeitszeit im Sinne der Richtlinie 93/104 (nunmehr Richtlinie 2003/88/EG) wird jede Zeitspanne definiert, während derer ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder seine Aufgaben wahrnimmt. Dieser Begriff ist im Gegensatz zur Ruhezeit zu sehen, da beide Begriffe einander ausschließen. (Rn. 4)

[23] vgl. auch Fall Jaeger EuGH Slg. 2003 I, S. 8389.

3. Die Richtlinie 93/104 (nunmehr Richtlinie 2003/88/EG) sieht keine Zwischenkategorie zwischen der Arbeitszeit und der Ruhezeit vor. Zudem gehört zu den wesentlichen Merkmalen des Begriffs „Arbeitszeit" im Sinne dieser Richtlinie nicht die Intensität der vom Arbeitnehmer verrichteten Arbeit oder dessen Leistung. (Rn. 25)
4. Die Begriffe „Arbeitszeit" und „Ruhezeit" im Sinne der Richtlinie 93/104 (nunmehr Richtlinie 2003/88/EG) stellen gemeinschaftsrechtliche Begriffe dar, die anhand objektiver Merkmale unter Berücksichtigung des Regelungszusammenhangs und des Zweckes der Richtlinie zu bestimmen sind, der darin besteht, Mindestvorschriften zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer aufzustellen. Denn nur eine solche autonome Auslegung kann die volle Wirksamkeit dieser Richtlinie und eine einheitliche Anwendung der genannten Begriffe in sämtlichen Mitgliedstaaten sicherstellen. (Rn. 26)
5. Daraus folgt, dass Bereitschaftsdienst, den ein Arbeitnehmer in Form persönlicher Anwesenheit im Betrieb des Arbeitgebers leistet, in vollem Umfang als Arbeitszeit im Sinne der Richtlinie 93/104 (nunmehr Richtlinie 2003/88/EG) anzusehen ist, unabhängig davon, welche Arbeitsleistungen der Betroffene während dieses Bereitschaftsdienstes tatsächlich erbracht hat. (Rn. 27)
6. Der Umstand, dass der Bereitschaftsdienst Zeiten der Inaktivität umfasst, ist daher in diesem Kontext unerheblich. Denn entscheidend für die Annahme, dass der Bereitschaftsdienst, den ein Arbeitnehmer an seinem Arbeitsort leistet, die charakteristischen Merkmale des Begriffs „Arbeitszeit" im Sinne der Richtlinie 93/104 (nunmehr Richtlinie 2003/88/EG) aufweist, ist der Umstand, dass der Arbeitnehmer verpflichtet ist, sich an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort aufzuhalten und sich zu dessen Verfügung zu halten, um gegebenenfalls sofort seine Leistungen erbringen zu können. Daher gehören diese Verpflichtungen zur Ausübung der Tätigkeit dieses Arbeitnehmers. (Rn. 28)
7. Folglich sind Zeiten, die ein Arzt im Rahmen eines Bereitschaftsdienstes am Arbeitsplatz verbringt und während deren er auf tatsächlich zu leistende Arbeit wartet, insgesamt als Arbeitszeit und gegebenenfalls als Überstunden im Sinne der Richtlinien 93/104 (nunmehr Richtlinie 2003/88/EG) und 2003/88 zu qualifizieren. (Rn. 31)
8. Allerdings ist die Auswirkung der Richtlinie 93/104 (nunmehr Richtlinie 2003/88/EG) – mit Ausnahme eines besonderen Falles in Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie für den Jahresurlaub – darauf beschränkt, bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung zu regeln, so dass sie grundsätzlich keine Anwendung auf die Vergütung der Arbeitnehmer findet. (Rn. 32, 33)

13.3.2 Fall Fuß I EuGH Slg. 2010, I-9849[24] und Fuß II Slg. 2010, I-12167[25]

Herr Fuß ist bei der Feuerwehr der Stadt Halle beschäftigt. Bis zum 4. Januar 2007 wurde Herr Fuß im Einsatzdienst „abwehrender Brandschutz“ der Feuerwehr der Stadt Halle als Fahrzeugführer verwendet. Sein Dienstplan sah eine durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit von 54 h vor. Bei einer Anfang 2006 durchgeführten Personalversammlung wurde den Mitarbeitern des Einsatzdienstes mitgeteilt, dass Umsetzungen in das Einsatzleitzentrum der Feuerwehr erfolgten, wenn die Einhaltung einer wöchentlichen Arbeitszeit von 48 h entsprechend der Richtlinie 2003/88 gewünscht werde. Herr Fuß beantragte, dass seine wöchentliche Arbeitszeit künftig die nach Art. 6 Buchst. b der Richtlinie 2003/88 vorgeschriebene durchschnittliche Höchstgrenze von 48 h nicht mehr überschreitet. Zugleich machte er Ausgleichsansprüche für die von 2004 bis 2006 rechtswidrig geleisteten Mehrarbeitsstunden geltend.

Mit Verfügung vom 2. Januar 2007 setzte die Stadt Halle Herrn Fuß gegen seinen Willen für einen Zeitraum von etwa zwei Jahren in das Einsatzleitzentrum mit der Begründung um, dass eine solche Umsetzung aus dienstorganisatorischen Gründen erforderlich sei. Durch die Umsetzung werde es Herrn Fuß ermöglicht, unter Beachtung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 48 h zu arbeiten. Seit seiner Umsetzung in das Einsatzleitzentrum der Feuerwehr arbeitet Herr Fuß 40 h pro Woche und hat seither keinen 24-Stunden-Dienst mehr zu leisten. Außerdem erhält er angesichts des geringeren Umfangs des Dienstes zu ungünstigen Zeiten (Nacht, Sonn- und Feiertage) eine geringere Erschwerniszulage. Nach erfolglosem Widerspruchsverfahren erhebt Herr Fuß Klage auf Freizeitausgleich bzw. Mehrarbeitsvergütung und auf Aufhebung der Umsetzungsverfügung. Das VerwG Halle legt dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob sich aus der Richtlinie Schadenersatzansprüche ergeben, wenn der Arbeitgeber eine Arbeitszeit festsetzt, die die Grenze von Art. 6 der Richtlinie überschreitet und der Arbeitnehmer entsprechend tätig geworden ist. Zudem wollte das Verwaltungsgericht Halle wissen, ob ein etwaiger Entschädigungsanspruch eine rechtzeitige Geltendmachung des betroffenen Arbeitnehmers erfordert.

Der EuGH verwies zunächst darauf, dass die Richtlinie für die Stadt Halle als öffentlicher Arbeitgeber unmittelbar anwendbar sei und dass ein Verstoß gegen die in Art. 6 vorgesehene wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48 h vorliege. Für den Staat als Arbeitgeber bestehe keine Möglichkeit, sich der Erfüllung aus dieser Richtlinie zu entziehen, weil er verpflichtet sei, alle zur Erfüllung der Richtlinie geeigneten Maßnahmen zu ergreifen.[26] Zum Anspruch auf Freizeitausgleich bzw. Mehrarbeitsvergütung verweist der EuGH auf seine Rechtsprechung zum gemeinschaftsrechtlichen Schadenersatzanspruch. Da ein objektiver Verstoß mit einem erheblichen Gewicht vorliege, könne ein Schadenersatzanspruch in Betracht kommen. Den

[24] siehe auch NZA 2010, 1344.

[25] siehe auch NZA 2011, 53; NZS 2011, 53; DÖV 2011, 117.

[26] vgl. Preis/Ulber ZESAR 2001, 147; Wank AuR 2011, 200.

Kausalzusammenhang zwischen der Nichtbeachtung der dem Staat auferlegten Richtlinie und dem bei der geschädigten Person entstandenen Schaden muss dann das vorlegende Gericht klären. Zudem könne aus der Richtlinie keine Verpflichtung für den Arbeitnehmer hergeleitet werden, bei einem Verstoß seines Arbeitgebers vorher einen entsprechenden Antrag zu stellen bzw. die Verletzung von Unionsrecht geltend zu machen.

Hinsichtlich der Umsetzungsverfügung stellt der EuGH sodann fest, dass diese erfolgt sei, weil Herr Fuß sich auf die Richtlinie 2003/88/EG berufen habe. Damit entstehe der Eindruck, dass EU-Recht von einem Mitgliedsstaat gezielt missachtet werde. Die praktische Wirksamkeit von EU-Recht gebiete es daher, die Umsetzungsverfügung für rechtswidrig anzusehen. In diesem Zusammenhang verwies der EuGH auch auf seine Entscheidung zum Personalrat der Feuerwehr Hamburg[27], wonach die Obergrenze von 48 h nach Art. 6 Buchst. b der Richtlinie uneingeschränkt für den Feuerwehrdienst zur Anwendung kommt.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Die Richtlinie 2003/88 legt Mindestvorschriften fest, die dazu bestimmt sind, die Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer durch eine Angleichung namentlich der innerstaatlichen Arbeitszeitvorschriften zu verbessern. Diese Richtlinie enthält jedoch keine Bestimmung zu den Sanktionen, die bei einem Verstoß gegen die Mindestvorschriften Anwendung finden, die in dieser Richtlinie u. a. hinsichtlich der Arbeitszeit aufgestellt werden, und somit keine spezielle Regelung zum Ersatz des Schadens, der den Arbeitnehmern durch diesen Verstoß möglicherweise entstanden ist. (Rn. 43, 44)
2. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass der Grundsatz der Haftung des Staates für Schäden, die dem Einzelnen durch dem Staat zuzurechnende Verstöße gegen das Unionsrecht entstehen, dem System der Verträge innewohnt, auf denen die Union beruht. (Rn. 45)
3. Daraus ergibt sich, dass diese Verpflichtung für jeden Fall des Verstoßes eines Mitgliedstaats gegen das Unionsrecht unabhängig davon gilt, welche staatliche Stelle diesen Verstoß begangen hat und welche Stelle nach dem Recht des betreffenden Mitgliedstaats diesen Schadensersatz grundsätzlich zu leisten hat. (Rn. 46)
4. Dem Geschädigten steht ein Entschädigungsanspruch zu, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind: Die unionsrechtliche Norm, gegen die verstoßen worden ist, bezweckt die Verleihung von Rechten an die Geschädigten, der Verstoß gegen diese Norm ist hinreichend qualifiziert, und zwischen diesem Verstoß und dem den Geschädigten entstandenen Schaden besteht ein unmittelbarer Kausalzusammenhang. (Rn. 47)
5. Hinsichtlich der ersten Voraussetzung ist festzustellen, dass Art. 6 Buchst. b der Richtlinie 2003/88, soweit er den Mitgliedstaaten eine Obergrenze für die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit von 48 h vorgibt, die jedem

[27] vgl. Personalrat Feuerwehr Hamburg EuGH Slg. 2005, I-7110.

Arbeitnehmer als Mindestanspruch zugutekommen muss, eine besonders wichtige Regel des Sozialrechts der Union ist, deren Reichweite nicht irgendwelchen Bedingungen oder Beschränkungen unterworfen werden darf und die den Einzelnen Rechte verleiht, die sie unmittelbar vor den nationalen Gerichten geltend machen können. (Rn. 49, 50)

6. Als zweite Voraussetzung setzt ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen das Unionsrecht voraus, dass der Mitgliedstaat die Grenzen, die seinem Ermessen gesetzt sind, offenkundig und erheblich überschritten hat, wobei zu den insoweit zu berücksichtigenden Gesichtspunkten insbesondere das Maß an Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift sowie der Umfang des Ermessensspielraums gehören, den die verletzte Vorschrift den nationalen Behörden belässt. Ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht ist jedenfalls dann hinreichend qualifiziert, wenn die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs offenkundig verkannt worden ist. (Rn. 51, 52)
7. Aus dem maßgeblichen Geschehen geht hervor, dass die Arbeitszeit, die von Bediensteten im Rahmen von Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst in Form persönlicher Anwesenheit des betreffenden Arbeitnehmers am Arbeitsort abgeleistet wird, die die vorgesehene wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48 h überschreitet. (Rn. 55)
8. Zudem hat der Gerichtshof ebenfalls während dieses Zeitraums 2004–2006 bereits in seinem Urteil zum Personalrat der Feuerwehr Hamburg (EuGH C-52/04, Slg. 2005, I-7110) entschieden, dass die von Einsatzkräften einer staatlichen Feuerwehr ausgeübten Tätigkeiten in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2003/88 fallen. Eine Überschreitung der Obergrenze von 48 h für die wöchentliche Höchstarbeitszeit einschließlich Bereitschaftsdienst, steht der Richtlinie entgegen. (Rn. 57)
9. Was schließlich die dritte Voraussetzung betrifft, ist es Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob ein unmittelbarer Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoß gegen Art. 6 Buchst. b der Richtlinie 2003/88 und dem Schaden besteht, der Herrn Fuß durch den Verlust der Ruhezeit entstanden ist, die ihm zugestanden hätte, wenn die in dieser Bestimmung vorgesehene wöchentliche Höchstarbeitszeit eingehalten worden wäre. (Rn. 59)
10. Hinsichtlich bestimmter objektiver und subjektiver Elemente, die im Rahmen einer nationalen Rechtsordnung an den Begriff des Verschuldens geknüpft sein können, ist darauf hinzuweisen, dass die Verpflichtung zum Ersatz der dem Einzelnen entstandenen Schäden nicht von einem Verschuldensbegriff abhängig gemacht werden kann, der über den hinreichend qualifizierten Verstoß gegen das Unionsrecht hinausgeht. Denn die Aufstellung einer solchen zusätzlichen Voraussetzung würde darauf hinauslaufen, dass der Entschädigungsanspruch, der seine Grundlage in der Unionsrechtsordnung findet, in Frage gestellt wäre. (Rn. 67)
11. Es widerspräche dem Grundsatz der Effektivität, von den Geschädigten zu verlangen, systematisch von allen ihnen zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten Gebrauch zu machen, selbst wenn dies zu übermäßigen Schwierigkeiten führen würde oder ihnen nicht zugemutet werden könnte.

Hinsichtlich der Art und Weise der Berechnung des Entschädigungsanspruchs, ist es Sache der nationalen Rechtsordnung jedes Mitgliedstaats, die Kriterien festzulegen, anhand deren der Umfang der Entschädigung bestimmt werden kann, sofern der Äquivalenz- und der Effektivitätsgrundsatz dabei beachtet werden. (Rn. 77, 78, 93)

12. Das vorlegende Gericht muss sich vergewissern, dass mit der gewählten Entschädigungsart der Äquivalenzgrundsatz beachtet wird, was anhand der Entschädigungen zu beurteilen ist, die von den nationalen Gerichten im Rahmen von vergleichbaren Beschwerden oder Klagen zugesprochen werden, die auf das innerstaatliche Recht gestützt sind. (Rn. 95)
13. Schließlich wird durch eine Umsetzungsverfügung in den Innendienst das Herrn Fuß durch Art. 6 Buchst. b der Richtlinie 2003/88 verliehene Recht völlig ausgehöhlt. Auch macht eine solche gegen seinen Willen verfügte Maßnahme die praktische Wirksamkeit dieser Bestimmung zunichte. Es ist daher offensichtlich, dass diese Maßnahme weder die vollständige Anwendung von Art. 6 Buchst. b der Richtlinie 2003/88 noch den Schutz der Rechte gewährleistet, die diese Bestimmung den Arbeitnehmern in dem betreffenden Mitgliedstaat verleiht. (Rn. 65)

13.3.3 Fall Schultz-Hoff EuGH Slg. 2009, I-179[28]

Der Arbeitnehmer S war seit dem 1. April 1971 bei der Firma DRB beschäftigt. Von 2004 bis zum 30. September 2005 ununterbrochen krankgeschrieben. Zu diesem Zeitpunkt endete sein Arbeitsverhältnis. S beantragte, ihm den nicht genommenen Jahresurlaub für die Jahre 2004 und 2005 zu gewähren. Die DRB lehnt dies unter Hinweis auf die ununterbrochene Arbeitsunfähigkeit von S ab. Nach Klageerhebung legte das LAG Düsseldorf dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG so zu verstehen sei, dass Arbeitnehmer auf jeden Fall einen bezahlten Mindesturlaub von vier Wochen auch dann erhalten müssen, wenn dieser wegen Krankheit im Urlaubsjahr nicht genommen werden kann oder ob es mit der Richtlinie vereinbar ist, wenn der Anspruch auf bezahlten Urlaub bei andauernder Arbeitsunfähigkeit im Urlaubsjahr erlischt.

Nach Auffassung des EuGH besteht auch bei einer lang andauernden Erkrankung auch ein Anspruch auf Abgeltung des Jahresurlaubes entsprechend Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG (Arbeitszeitgestaltungsrichtlinie). Die Gewährung von Mindesturlaub darf nicht von Umständen abhängen, die vom Willen des Arbeitnehmers nicht beeinflusst werden können. Der EuGH beruft sich ferner in diesem Zusammenhang auf die besonders wichtigen Grundsätze des Sozialrechts der Gemeinschaft nach Art. 153 AEUV sowie der sozialen Grundrechte nach Art. 34 GRCh.

[28] siehe auch NJW 2009, 495; NZA 2009, 135; EuZW 2009, 147.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Der Anspruch jedes Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub ist als ein besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der Gemeinschaft anzusehen, von dem nicht abgewichen werden darf. (Rn. 22)
2. Der Arbeitnehmer muss über eine tatsächliche Ruhezeit verfügen können, damit ein wirksamer Schutz seiner Sicherheit und seiner Gesundheit sichergestellt ist, denn nur für den Fall, dass das Arbeitsverhältnis beendet wird, lässt Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88 zu, dass der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub durch eine finanzielle Vergütung ersetzt wird. (Rn. 23)
3. Mit dem Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub wird bezweckt, es dem Arbeitnehmer zu ermöglichen, sich zu erholen und über einen Zeitraum für Entspannung und Freizeit zu verfügen. Insoweit weicht dieser Zweck vom Zweck des Anspruchs auf Krankheitsurlaub ab. Dieser wird dem Arbeitnehmer gewährt, damit er von einer Krankheit genesen kann. (Rn. 25)
4. So kann ein durch das Gemeinschaftsrecht gewährleisteter Urlaub nicht den Anspruch auf einen anderen gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Urlaub beeinträchtigen, d. h. der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub kann nicht als erfüllt angesehen werden, wenn Mutterschaftsurlaub einer Arbeitnehmerin zeitlich mit dem durch eine betriebliche Kollektivvereinbarung allgemein festgelegten Jahresurlaub zusammenfällt.[29] (Rn. 26)
5. Anders als die Ansprüche auf Mutterschaftsurlaub oder auf Elternurlaub werden der Anspruch auf Krankheitsurlaub und die Modalitäten für seine Ausübung allerdings beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts von diesem nicht geregelt. (Rn. 27)
6. Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 steht grundsätzlich einer nationalen Regelung, die für die Ausübung des mit dieser Richtlinie ausdrücklich verliehenen Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub Modalitäten vorsieht, die sogar den Verlust dieses Anspruchs am Ende eines Bezugszeitraums oder eines Übertragungszeitraums beinhalten, nicht entgegen. Voraussetzung ist allerdings, dass der Arbeitnehmer, dessen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub erloschen ist, tatsächlich die Möglichkeit hatte, den ihm mit der Richtlinie verliehenen Anspruch auszuüben. (Rn. 43)
7. Daraus folgt, dass Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 dahin auszulegen ist, dass er einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten entgegensteht, nach denen der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub bei Ablauf des Bezugszeitraums und/oder eines im nationalen Recht festgelegten Übertragungszeitraums auch dann erlischt, wenn der Arbeitnehmer während des gesamten Bezugszeitraums oder eines Teils davon krankgeschrieben war und seine Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende seines Arbeitsverhältnisses fortgedauert hat, weshalb er seinen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nicht ausüben konnte. (Rn. 49)

[29] vgl. Merino Gómez EuGH Slg. 2004, I-2605.

13.3.4 Fall KHS/Schulte EuGH Slg. 2011, I-11757[30]

S war seit April 1964 bei der KHS AG als Schlosser beschäftigt. Der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub betrug nach dem anzuwendenden Tarifvertrag jährlich 30 Arbeitstage. Im Januar 2002 erlitt S einen Infarkt, in Folge dessen er schwerbehindert ist und für arbeitsunfähig erklärt wurde. Ab Oktober 2003 bezog S eine Rente wegen voller Erwerbsminderung. Das Arbeitsverhältnis von S wurde zum 31. August 2008 beendet. Im März 2009 erhob S beim ArbG Dortmund Klage auf Abgeltung des noch nicht genommenen bezahlten Jahresurlaubs für die Urlaubsjahre 2006–2008. Das ArbG Dortmund hat der Zahlungsklage für diese drei Zeiträume hinsichtlich des Mindesturlaubs von 20 Arbeitstagen im Jahr nach dem Unionsrecht stattgegeben. Das LAG Hamm geht davon aus, dass die Ansprüche von S auf bezahlten Jahresurlaub für 2006 und 2007 nicht mehr bestehen, da der nach dem EMTV vorgesehene Zeitraum für die Übertragung abgelaufen sei. Das Gericht legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG dahingehend auszulegen sei, dass er einzelstaatlichen Rechtsvorschriften entgegensteht, die ein Erlöschen des Anspruchs auf bezahlten Mindesturlaub vorsehen, wenn der Arbeitnehmer längerfristig arbeitsunfähig ist und er damit Mindesturlaubsansprüche für mehrere Jahre ansammeln könnte.

Der EuGH kommt in seiner Entscheidung zu dem Ergebnis, dass Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten wie etwa Tarifverträgen nicht entgegensteht, die die Möglichkeit für einen während mehrerer Bezugszeiträume in Folge arbeitsunfähigen Arbeitnehmer, Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub anzusammeln, dadurch einschränken, dass sie einen Übertragungszeitraum von 15 Monaten vorsehen, nach dessen Ablauf der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub erlischt. Damit schränkt der EuGH die in der Schulz-Hoff-Entscheidung aufgestellten Grundsätze über die Geltendmachung von Urlaubsansprüchen bei Langzeiterkrankungen deutlich ein. Allerdings ist zu beachten, dass der Verfall nicht automatisch von Gesetzes wegen eintritt, sondern nur bei Vorliegen einer einschlägigen vertraglichen Regelung, wie im vorliegenden Fall der EMTV. Die positive Wirkung des Urlaubs für den Arbeitnehmer als Erholungszeit ist nach Auffassung des EuGH nur dann gewährleistet, wenn er diesen spätestens 15 Monate nach Ablauf des Jahres, für das der Urlaubsanspruch erworben wurde, in Anspruch nimmt. Dies gilt insbesondere auch für Urlaubsabgeltungsansprüche.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Mit einer nationalen Vorschrift, die einen Übertragungszeitraum für am Ende des Bezugszeitraums nicht genommenen Jahresurlaub vorsieht, wird grundsätzlich das Ziel verfolgt, dem Arbeitnehmer, der daran gehindert war, seinen Jahresurlaub zu nehmen, eine zusätzliche Möglichkeit zu eröffnen, in dessen Genuss zu kommen. Die Festlegung eines solchen Zeitraums gehört zu den Voraussetzungen für die Ausübung und die Umsetzung des Anspruchs auf

[30] siehe auch NJW 2012, 290; NZA 2011, 1333; EuZW 2011, 958.

bezahlten Jahresurlaub und fällt somit grundsätzlich in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten. (Rn. 25)

2. Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG steht daher grundsätzlich einer nationalen Regelung nicht entgegen, die für die Ausübung des mit dieser Richtlinie ausdrücklich verliehenen Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub Modalitäten vorsieht, die sogar den Verlust dieses Anspruchs am Ende eines Bezugszeitraums oder eines Übertragungszeitraums umfassen. Allerdings muss der Arbeitnehmer, dessen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub erloschen ist, tatsächlich die Möglichkeit gehabt haben, den ihm mit der Richtlinie verliehenen Anspruch auszuüben. (Rn. 26)
3. Daraus ergibt sich zwar, dass eine nationale Bestimmung, mit der ein Übertragungszeitraum festgelegt wird, nicht das Erlöschen des Anspruchs des Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub vorsehen kann, wenn der Arbeitnehmer nicht tatsächlich die Möglichkeit hatte, diesen Anspruch auszuüben; diese Schlussfolgerung muss jedoch unter besonderen Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens nuanciert werden. (Rn. 28)
4. Anderenfalls wäre ein Arbeitnehmer, der während mehrerer Bezugszeiträume in Folge arbeitsunfähig ist, berechtigt, unbegrenzt alle während des Zeitraums seiner Abwesenheit von der Arbeit erworbenen Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub anzusammeln. Ein Recht auf ein derartiges unbegrenztes Ansammeln von Ansprüchen auf bezahlten Jahresurlaub, die während eines solchen Zeitraums der Arbeitsunfähigkeit erworben wurden, würde jedoch nicht mehr dem Zweck des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub entsprechen. (Rn. 29, 30)
5. Mit diesem in Art. 31 II der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und in Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG verankerten Anspruch wird nämlich ein doppelter Zweck verfolgt, der darin besteht, es dem Arbeitnehmer zu ermöglichen, sich zum einen von der Ausübung der ihm nach seinem Arbeitsvertrag obliegenden Aufgaben zu erholen und zum anderen über einen Zeitraum für Entspannung und Freizeit zu verfügen. (Rn. 31)
6. Die positive Wirkung des bezahlten Jahresurlaubs für die Sicherheit und die Gesundheit des Arbeitnehmers entfaltet sich dann vollständig, wenn der Urlaub in dem hierfür vorgesehenen, also dem laufenden Jahr genommen wird, die Ruhezeit ihre Bedeutung insoweit jedoch nicht verliert, wenn sie zu einer späteren Zeit genommen wird. (Rn. 32)
7. Gleichwohl ist festzustellen, dass der Anspruch eines während mehrerer Bezugszeiträume in Folge arbeitsunfähigen Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub den genannten Zweckbestimmungen nur insoweit entsprechen kann, als der Übertrag eine gewisse zeitliche Grenze nicht überschreitet. Über eine solche Grenze hinaus fehlt dem Jahresurlaub nämlich seine positive Wirkung für den Arbeitnehmer als Erholungszeit; erhalten bleibt ihm lediglich seine Eigenschaft als Zeitraum für Entspannung und Freizeit. (Rn. 33)
8. In Anbetracht von Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG und unter Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen ist ein in einem Tarifvertrag auf 15 Monate festgelegter Zeitraum, in dem der Anspruch auf bezahlten Jahres-

urlaub übertragen werden kann, vernünftigerweise als Zeitraum einzustufen, bei dessen Überschreitung der bezahlte Jahresurlaub für den Arbeitnehmer keine positive Wirkung als Erholungszeit mehr hat. (Rn. 35)

13.3.5 Fall Neidel EuGH NJW 2012, 2420[31]

Der Kläger war seit 1970 als Feuerwehrmann im Beamtenverhältnis bei der Stadt Frankfurt am Main beschäftigt. Seit dem 12. Juni 2007 hat er krankheitsbedingt keinen Dienst mehr geleistet und war mit Ablauf der für Feuerwehrbeamte geltenden Altersgrenze im August 2009 in den Ruhestand getreten. Während der Krankheitsphase konnte der Kläger seinen Jahresurlaub nicht in Anspruch nehmen und erhob deshalb Klage auf Abgeltung der Urlaubsansprüche vor dem VG Frankfurt. Wie in den meisten Landesbeamtengesetzen enthielten auch das Hessische Beamtengesetz und die Hessische Urlaubsverordnung keine Regelungen über die Abgeltung von Urlaubsansprüchen, die mit § 7 Abs. 4 BUrlG vergleichbar wären. Zudem schreibt § 9 Abs. 2 Hessische Urlaubsverordnung vor, dass der Urlaub grundsätzlich im Urlaubsjahr genommen werden soll und er verfällt, wenn er nicht innerhalb von neun Monaten nach dem Ende des Urlaubsjahres angetreten ist.

Da das BUrlG nur auf Angestellte Anwendung findet, musste sich das Verwaltungsgericht Frankfurt mit der Frage auseinandersetzen, ob der Kläger einen unmittelbaren Abgeltungsanspruch aus Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG (sog. Arbeitszeitrichtlinie) herleiten kann. Nach Art. 7 (Jahresurlaub) der Richtlinie 2003/88/EG haben die Mitgliedsstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit jeder Arbeitnehmer einen bezahlten Mindesturlaub von vier Wochen nach Maßgabe der Bedingungen für die Inanspruchnahme und die Gewährung erhält, die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder nach den einzelstaatlichen Gepflogenheiten vorgesehen sind. Das VG Frankfurt legte dem EuGH daher die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob Art. 7 der genannten Richtlinie auch für Beamtenverhältnisse gelte und ob ein pensionierter Beamter unmittelbar aus Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie einen Anspruch auf Abgeltung von Erholungs- bzw. Jahresurlaub herleiten kann, wenn er aus Krankheitsgründen keinen Dienst geleistet hatte und deshalb seinen Urlaub nicht in Form der Freistellung vom Dienst in Anspruch nehmen konnte.

Der EuGH verweist zunächst darauf, dass nach Art. 1 Abs. 3 die Richtlinie 2003/88/EG sowohl für private als auch für öffentliche Tätigkeitsbereiche gelte und daher der Begriff des Arbeitnehmers im Sinne der Richtlinie weit auszulegen sei. Nur so könne die Sicherheit und der Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer bei der Arbeit verbessert und Aspekte der Gestaltung ihrer Arbeitszeit geregelt werden. Mögliche Ausnahmen von diesem Grundsatz unter dem Aspekt des Schutzes der öffentlichen Sicherheit und Ordnung werden vom EuGH abgelehnt, da die Ausnahmeregelung nach Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie nur Dienste erfasst, die unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der öffentlichen Sicherheit, Gesundheit und Ordnung

[31] siehe auch EuZW 2012, 516; NVwZ 2012, 688; NJ 2012, 387.

– gewissermaßen aufgrund einer Sondersituation – unerlässlich seien. Der Tätigkeitsbereich des Klägers falle daher uneingeschränkt in den Anwendungsbereich der vorgenannten Richtlinie. Ergänzend verweist der EuGH darauf, dass der Begriff des Arbeitnehmers in Art. 45 AEUV nach ständiger Rechtsprechung als autonomer Begriff nicht eng auszulegen sei und verbeamtete Feuerwehrmänner mit erfasst.

Sodann verweist der EuGH in Anlehnung an seine Schulz-Hoff-Entscheidung[32] darauf, dass Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie dahingehend auszulegen sei, dass ein Beamter bei Eintritt in den Ruhestand Anspruch auf eine finanzielle Abgeltung für bezahlten Jahresurlaub hat, den er nicht nehmen konnte, weil er aus Krankheitsgründen keinen Dienst geleistet hat. Einzelstaatliche Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten, die einen solchen finanziellen Ausgleich ausschließen, stehen daher der vorgenannten Richtlinie entgegen.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Bei der Frage, ob ein nach nationalem Recht vorgesehener Übertragungszeitraum von neun Monaten mit Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG im Einklang stehe, ist darauf abzustellen, ob dieser Zeitraum vernünftigerweise als Zeitraum eingestuft werden kann, bei dessen Überschreitung der bezahlte Jahresurlaub für den Arbeitnehmer keine positive Wirkung als Erholungszeit mehr hat. In diesem Zusammenhang ist auf Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der EU zu verweisen, in der der Grundsatz des Anspruches auf bezahlten Jahresurlaub verankert sei und dass dieser Charta über Art. 6 Abs. 1 EUV der gleiche Rang wie den Verträgen selbst zuerkannt wird. Um daher den Anspruch auf bezahlten Urlaub zu gewährleisten, muss jeder Übertragungszeitraum den spezifischen Umständen Rechnung tragen, in denen sich ein Arbeitnehmer befindet, der während mehrerer Bezugszeiträume in Folge arbeitsunfähig ist. (Rn. 39, 40, 41)
2. Dieser Zeitraum muss daher für den Arbeitnehmer insbesondere die Möglichkeit gewährleisten, bei Bedarf über Erholungszeiträume zu verfügen, die längerfristig gestaffelt und geplant werden sowie verfügbar sein können. Der Übertragungszeitraum muss daher die Dauer des Bezugszeitraums (also das jeweilige Urlaubsjahr) deutlich überschreiten. Die in § 9 Abs. 2 der Hessischen Urlaubsverordnung vorgesehenen neun Monate sind kürzer als der betreffende Bezugszeitraum, so dass diese Bestimmung des nationalen Rechts Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG entgegensteht. (Rn. 41, 42, 43)
3. Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG steht allerdings nicht Bestimmungen nationalen Rechts entgegen, die für den Fall, dass dem Beamten mehr als vier Wochen Jahresurlaub zusteht, die Zahlung einer finanziellen Vergütung für den Fall ausschließen, dass der Beamte aus krankheitsbedingten Gründen den Urlaub nicht in Anspruch nehmen konnte. Die Richtlinie 2003/88/EG enthält im Falle eines Anspruchs auf einen bezahlten Jahresurlaub von mehr als vier

[32] vgl. EuGH C350/06, NZA 2009, S. 135.

Wochen keine weitergehenden Regelungen. Bereits aus dem Wortlaut ergibt sich, dass sich die Richtlinie auf die Aufstellung von Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung beschränkt und die Befugnis der Mitgliedsstaaten unberührt lässt, für den Schutz der Arbeitnehmer günstigere nationale Rechtsvorschriften anzuwenden. (Rn. 34)

13.3.6 Fall Bollacke EuGH NJW 2014, 2415[33]

Frau B ist die Alleinerbin ihres im November 2010 verstorbenen Ehemannes, der von 1998 bis zu seinem Tod bei der Firma K+K beschäftigt war. Der Ehemann war seit 2009 schwer erkrankt. Die Arbeitsunfähigkeit bestand bis zu seinem Tod. Zum diesem Zeitpunkt hatte der Ehemann unstreitig Anspruch auf 140,5 offene Tage Jahresurlaub. Frau B machte gegenüber K+K Abgeltungsansprüche für diese nicht genommenen Urlaubstage geltend. K+K wies die Forderung mit der Begründung zurück, dass es sich um einen nicht vererbbaren Anspruch handele. Das zuständige Arbeitsgericht wies die Klage von B auf Urlaubsabgeltung mit der Begründung ab, dass nach der Rechtsprechung des BAG ein Anspruch auf Abgeltung des bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht genommenen bezahlten Jahresurlaubs im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Tod des Arbeitnehmers nicht entstehe. Im Berufungsverfahren legte das LAG Hamm dem EuGH die Frage vor, ob diese innerstaatliche Rechtsprechung mit Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG vereinbar sei.

Der EuGH ist der Auffassung, dass einzelstaatliche Rechtsvorschriften bzw. Rechtsprechung nicht richtlinienkonform seien, wenn der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub ohne Begründung eines Abgeltungsanspruchs bei Tod des Arbeitnehmers untergeht. Eine solche Abgeltung kann zudem nicht davon abhängig sein, dass der betroffene vor seinem Ableben einen entsprechenden Abgeltungsantrag gestellt habe.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Jeder Arbeitnehmer hat, wenn das Arbeitsverhältnis geendet hat und es deshalb nicht mehr möglich ist, den bezahlten Jahresurlaub in natura zu nehmen, nach Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88 Anspruch auf eine Vergütung, um zu verhindern, dass ihm wegen dieser Unmöglichkeit jeder Genuss des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub, selbst in finanzieller Form, vorenthalten wird. (Rn. 17)
2. Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88 ist dahin auszulegen, dass er einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten entgegensteht, nach denen für nicht genommenen bezahlten Jahresurlaub am Ende des Arbeitsverhältnisses keine finanzielle Vergütung gezahlt wird, wenn der Arbeitnehmer während des gesamten Bezugszeitraums und/oder Übertragungszeitraums oder eines

[33] siehe auch NZA 2014, 651; EuZW 2014, 590; DB 2014, 1437.

Teils davon krankgeschrieben bzw. im Krankheitsurlaub war und deshalb seinen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nicht wahrnehmen konnte. (Rn. 18)

3. Der Anspruch auf Jahresurlaub stellt nur einen der beiden Aspekte eines wesentlichen Grundsatzes des Sozialrechts der Union dar. Der vom Unionsgesetzgeber in Art. 7 der Richtlinie 2003/88 verwendete Begriff des bezahlten Jahresurlaubs bedeutet nämlich, dass für die Dauer des Jahresurlaubs im Sinne dieser Vorschrift das Entgelt für den Arbeitnehmer beizubehalten ist. Mit anderen Worten muss der Arbeitnehmer in dieser Ruhe- und Entspannungszeit das gewöhnliche Entgelt weiterbeziehen. (Rn. 20, 21)
4. Sodann stellt Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88 für die Eröffnung des Anspruchs auf finanzielle Vergütung keine andere Voraussetzung auf als diejenige, dass zum einen das Arbeitsverhältnis beendet ist und dass zum anderen der Arbeitnehmer nicht den gesamten Jahresurlaub genommen hat, auf den er bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch hatte. (Rn. 23)
5. Schließlich erweist sich ein finanzieller Ausgleich, wenn das Arbeitsverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers geendet hat, als unerlässlich, um die praktische Wirksamkeit des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub sicherzustellen, der dem Arbeitnehmer nach der Richtlinie 2003/88 zusteht. (Rn. 24)
6. Würde nämlich die Pflicht zur Auszahlung von Jahresurlaubsansprüchen mit der durch den Tod des Arbeitnehmers bedingten Beendigung des Arbeitsverhältnisses enden, so hätte dieser Umstand zur Folge, dass ein unwägbares, weder vom Arbeitnehmer noch vom Arbeitgeber beherrschbares Vorkommnis rückwirkend zum vollständigen Verlust des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub selbst, wie er in Art. 7 der Richtlinie 2003/88 verankert ist, führen würde. Aus allen diesen Gründen kann Art. 7 der Richtlinie 2003/88 somit nicht dahin ausgelegt werden, dass der besagte Anspruch durch den Tod des Arbeitnehmers untergehen kann. (Rn. 25, 26)

13.4 Auswirkung auf die deutsche Rechtsordnung und die arbeitsrechtliche Praxis

Das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) vom 6. Juni 1994 wurde aufgrund der damaligen Arbeitszeit-Richtlinie 93/104/EWG verabschiedet, die ihrerseits durch die Arbeitszeit-Richtlinie 2003/88/EG ersetzt wurde. Zweck des ArbZG ist es, die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer bei der Arbeitszeitgestaltung zu gewährleisten sowie die Rahmenbedingungen für flexible Arbeitszeiten zu verbessern. Zudem soll der Sonntag und die staatlich anerkannten Feiertage als Tage der Arbeitsruhe geschützt werden, § 1 ArbZG.

13.4.1 Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit nach § 2 Abs. 1 ArbZG

Nach der gesetzlichen Definition in § 2 Abs. 1 ArbZG ist Arbeitszeit die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne Ruhepause. Danach gehörte der Bereit-

schaftsdienst ohne tatsächlichen Einsatz grundsätzlich zur Ruhezeit. Arbeitszeit lag nur dann vor, wenn der Arbeitnehmer während des Bereitschaftsdienstes auch tatsächlich gearbeitet hat.[34] In Folge der Entscheidung des EuGH in Sachen Vorel kam es konsequenterweise zu juristischen Auseinandersetzungen um den Bereitschaftsdienst, insbesondere bei Rettungsdiensten, Feuerwehrleuten, Krankenhauspersonal und Hausmeistern.[35] Aufgrund der EuGH-Rechtsprechung wird man nunmehr den Begriff Arbeitszeit in § 2 Abs. 1 ArbZG dahingehend auslegen, dass auch der Bereitschaftsdienst zur Arbeitszeit zählt.[36] Darüber hinaus hat die Rechtsprechung Auswirkung auf einschlägige tarifvertragliche Regelungen, in denen der Bereitschaftsdienst nicht als Arbeitszeit angesehen wird.[37] Dies hat auch Auswirkungen für den Vorbehalt abweichender Regelungen nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG.[38]

Wie aber bereits ausgeführt, ergibt sich aus der Rechtsprechung kein Anspruch auf Bezahlung von Bereitschaftsdiensten.[39] Die Folgen beschränken sich zunächst nur auf das, was öffentlich-rechtlich im Interesse des Arbeitnehmerschutzes an Arbeitszeit zulässig ist.[40] Allerdings wird aus der Entscheidung Fuß II deutlich, dass insbesondere gegenüber staatlichen Arbeitgebern weitgehende Sekundäransprüche bestehen können.[41] Insoweit dürfte es künftig für öffentliche Arbeitgeber bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise immer schwieriger werden, sich auf den oben genannten Grundsatz zu berufen, dass die Arbeitszeit-Richtlinie nach Art. 153 Abs. 5 AEUV keine Regelungen über das Arbeitsentgelt vorsieht. Rechtlich ist diese Auffassung zwar zutreffend, wirtschaftlich kann sie sich in Anbetracht von möglichen Sekundäransprüchen als falsch herausstellen.

13.4.2 Weite Auslegung des Urlaubsabgeltungsanspruchs nach § 7 Abs. 4 BUrlG

Gesetzliche Regelungen über einen Mindesturlaub gab es im BUrlG bereits vor Verabschiedung der Arbeitszeit-Richtlinie. Dieser beträgt Richtlinienkonform 24 Werktage, also mindestens 20 Arbeitstage, vgl. § 3 BUrlG. Die besonders strittigen Fragen der Urlaubsabgeltung sind in § 7 Abs. 4 BUrlG und die Unabdingbarkeit in

---

[34] vgl. u. a. BAG NZA 2003, S. 742; Schliemann NZA 2006, S. 1009; Schliemann/Meier, Arbeitszeitrecht, 2. Auflage, Rn. 65; Ulber in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 6, Rn. 106.

[35] vgl. hierzu u. a. Schlachter, Casebook Europäisches Arbeitsrecht, S. 317; Schliemann, NZA 2006, S. 1009.

[36] vgl. Boerner/Boerner NZA 2003, 883; Schlachter a. a. O.; Schliemann a. a. O.

[37] vgl. hierzu Abele BB 2004, S. 555; Schlachter, RdA 2005, S. 119; Ulber, ZTR 2005, S. 72; Schliemann NZA 2006, S. 1013.

[38] vgl. hierzu Schlachter, Casebook Europäisches Arbeitsrecht, S. 317 sowie RdA 2005, S. 119.

[39] vgl. Dellas EuGH Slg. 2005, I-10253, Rn. 39; ferner Ulber in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 6 Rn. 93.

[40] vgl. u. a. BAG NZA 2012, S. 861; BAG Beck RS 2012, S. 73093.

[41] vgl. hierzu Preis/Ulber ZESAR 2011, 147; Wank AuR 2011, 200; Franzen EuZA 2012, 334, 335.

§ 13 BUrlG geregelt. Als richtlinienwidrig hatte sich die frühere Rechtsprechung des BAG zum Verfall des Urlaubs erwiesen, der krankheitsbedingt nicht in Anspruch genommen werden konnte. Das BAG hat seine Rechtsprechung hierzu geändert.[42] Urlaub stand Arbeitnehmern auch für Zeiten längerer Erkrankung zu. Nach der EuGH-Entscheidung KHS/Schulte wird allerdings § 7 Abs. 4 BUrlG nunmehr so ausgelegt, dass bei einer entsprechenden vertraglichen Regelung (z. B. Tarifvertrag) die Urlaubsansprüche bei Langzeiterkrankungen eingeschränkt werden können. Der Urlaub kann nur dann seine positive Wirkung für den Arbeitnehmer entfalten, wenn er spätestens 15 Monate nach Ablauf des Jahres, für das der Urlaubsanspruch erworben wurde, genommen wird. Dies gilt auch entsprechend für Abgeltungsansprüche nach § 7 Abs. 4 BUrlG.

Zudem hat der EuGH bereits mehrmals – zuletzt in der dargestellten Neidel-Entscheidung – ausgeführt, dass Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeit-Richtlinie nur einen Jahresurlaub von vier Wochen vorgibt. Sofern nationale Regelungen den Wegfall von weitergehenden Urlaubsansprüchen vorsehen, ist dies mit Art. 7 der Richtlinie vereinbar, sofern hiervon nicht die vier Wochen Mindesturlaub betroffen sind.[43] Schließlich werden die Gerichte für Arbeitssachen in Deutschland ihre Rechtsprechung zum Untergang von Urlaubsabgeltungsansprüchen beim Tod des Arbeitnehmers in Folge der Bollacke-Entscheidung des EuGH ändern müssen.[44] Richtlinienkonform ist nur noch eine Rechtsprechung, die davon ausgeht, dass der Abgeltungsanspruch bestehen bleibt und vererbbar ist. Insoweit dürften auch gegenteilige arbeitsvertragliche Vereinbarungen mit Art. 7 der Arbeitszeit-Richtlinie nicht vereinbar sein.

[42] vgl. BAG NZA 2012, S. 29; BAG Beck RS 2012, S. 73037.

[43] vgl. Neidel EuGH NJW 2012, 2420.

[44] vgl. hierzu Schmidt NZA 2014, 701; Linneweber ZESAR 2014, 463.

1. Primärrechtliche Kompetenznorm Art. 153 Abs. 1 u. 2 AEUV	- Verbesserung der Arbeitsumwelt zum Schutz der Gesundheit (a) - Arbeitsbedingungen (b) - soziale Sicherheit der Arbeitnehmer (c) - sozialer Schutz der Arbeitnehmer (c)
2. Ziel (Erwägungsgrund 1)	- Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung, - im Hinblick auf tägliche Ruhezeiten, Ruhepausen, wöchentliche Ruhezeiten, wöchentliche Höchstarbeitszeiten, Jahresurlaub
3. Anwendungsbereich (Art. 1)	- Regelungen über - die täglichen und wöchentlichen Mindestruhezeiten, - den Mindestjahresurlaub, - die Ruhepausen und die wöchentliche Höchstarbeitszeit, - bestimmte Aspekte der Nacht- und der Schichtarbeit sowie des Arbeitsrythmus
4. Begriffsbestimmungen Definition Arbeitszeit (Art. 2)	Jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer - nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften arbeitet, - dem Arbeitgeber zur Verfügung steht, - seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt.
5. Tägliche Ruhezeiten/Ruhepause (Art. 3, 4)	- Jedem Arbeitnehmer muss pro 24-Stunden-Zeitraum eine Mindestruhezeit von 11 zusammenhängenden Stunden gewährt werden. - Bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 6 Stunden ist eine Ruhepause zu gewähren.
6. Jahresurlaub (Art. 7)	- Jeder Arbeitnehmer hat Anspruch auf bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen, - die Inanspruchnahme und Gewährung erfolgt nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften

Abb. 13.1 RL 2003/88/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (Arbeitszeit-Richtlinie)

14 Arbeitnehmerschutz bei Betriebsübergang, Massenentlassungen und Insolvenz

- EU-Richtlinie 2001/23/EG (Betriebsübergangs-Richtlinie)[1] (siehe Abb. 14.1)
- EU-Richtlinie 98/59/EG (Massenentlassungs-Richtlinie)[2] (siehe Abb. 14.2)
- EU-Richtlinie 2008/94/EG (Arbeitnehmer-Insolvenzschutz-Richtlinie)[3] (siehe Abb. 14.3)

Die drei oben genannten Richtlinien sollen EU-Arbeitnehmer bei betrieblichen Umstrukturierungsmaßnahmen schützen.[4] Der Unionsgesetzgeber ging bei Schaffung dieser Richtlinien davon aus, dass die Verwirklichung eines gemeinsamen Marktes größere Wirtschaftseinheiten erfordern werde und sich die Unternehmen diesem Erfordernis anzupassen hätten. Daher waren Umstrukturierungen, Unternehmenszusammenschlüsse und Unternehmensschließungen, verbunden mit Insolvenzen und Massenentlassungen, vorhersehbar.[5] Um die sozialen Folgeprobleme zu mildern, wurden die oben genannten Richtlinien geschaffen, ohne dass damit allerdings eine Einschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit beabsichtigt war.[6] Die Rechtsetzungskompetenz für alle drei Richtlinien ergibt sich aus Art. 115 AEUV, der eine Richtlinienkompetenz zur Angleichung von Rechtsvorschriften für den Binnenmarkt vorsieht. So ist die Angleichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang, der Massenentlassung und dem Arbeitnehmerinsolvenzschutz für das Funktionieren des Binnenmarktes von grundlegender Bedeutung.[7]

[1] ABl. Nr. L 82 S. 16.

[2] ABl. Nr. L 225 S. 16.

[3] ABl. Nr. L 283 S. 36.

[4] vgl. Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, S. 264 ff; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 5 Rn. 2–6.

[5] vgl. Schiek a. a. O., S. 265.

[6] vgl. Blanpain, European Labour Law, 14th ed. 2014, Rn. 1913; Schiek a. a. O.

[7] vgl. Grau/Hartmann in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 11 Rn. 6; sowie Naber/Sittard in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 10 Rn. 4.

P. Hantel, *Europäisches Arbeitsrecht,* Springer-Lehrbuch,
DOI 10.1007/978-3-662-46894-4_14

14.1 Schutz der Arbeitnehmer bei einem Betriebsübergang

Besonders die Betriebsübergangs-Richtlinie (RL 2001/23/EG vom 12. März 2001) und die dazu ergangene Rechtsprechung des EuGH sind für die betriebliche Praxis von besonderer Bedeutung.[8] Grund hierfür sind die in den letzten Jahrzehnten in der deutschen Wirtschaft erfolgten erheblichen Umstrukturierungsmaßnahmen, die regelmäßig auch mit betrieblichen Änderungen verbunden waren und sind. Ziel der Richtlinie ist die Sicherung erworbener Rechte von Arbeitnehmern beim Übergang von Unternehmen, Betrieben und Betriebsteilen.[9] Aus diesem Grund gehen nach Art. 3 der Richtlinie 2001/23/EG die Rechte und Pflichten des Veräußerers aus einem zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsvertrag aufgrund des Übergangs auf den Erwerber über. Nach Art. 4 der Richtlinie 2001/23/EG stellt der Übergang eines Unternehmens, Betriebes oder Unternehmens- bzw. Betriebsteils als solcher für den Veräußerer oder den Erwerber keinen Grund zur Kündigung dar. Betriebsübergang ist der rechtsgeschäftliche, identitätswahrende Übergang eines Betriebes oder Betriebsteils, eines Unternehmens oder Unternehmensteils von dem Veräußerer auf den Erwerber.[10] Dabei wird nicht zwischen Betrieb bzw. Betriebsteilen und Unternehmen bzw. Unternehmensteilen unterschieden, da auch kleine Betriebe bzw. Betriebsteile in einem Unternehmen bzw. Unternehmensteil enthalten sind und aufgehen können.

Nachfolgend soll nicht auf alle mit dem Betriebsübergang verbundenen Einzelfragen eingegangen werden.[11] Insbesondere wird auf eine Darstellung aller mit dem Betriebsübergang zusammenhängender Rechtsfolgen einschließlich der Möglichkeit eines Widerspruchs hiergegen verzichtet. Vielmehr werden lediglich die im Zusammenhang mit dem Betriebsbegriff besonders relevanten Entscheidungen Christel Schmidt, Ayse Süzen und Abler dargestellt.

14.2 Schutz der Arbeitnehmer bei Massenentlassungen und Insolvenz

Neben Regelungen über den Betriebsübergang sieht der EU-Gesetzgeber ein soziales Schutzbedürfnis insbesondere bei Massenentlassungen. Aufgrund der mit Massenentlassungen verbundenen Vielzahl von Kündigungen wird es für den einzelnen Arbeitnehmer, insbesondere bei einem regional begrenzten Arbeitsmarkt schwierig, eine neue Anstellung zu finden.[12] Gerade Massenentlassungen, die plötzlich und

[8] vgl. hierzu Schiek a. a. O.; Thüsing a. a. O.; Klein EuZA 2014, 325; Roettecken NZA 2001, 415; Grau/Hartmann a. a. O. Rn. 9–11.

[9] vgl. hierzu Schiek a. a. O.; Thüsing a. a. O.; Fuchs/Merkes ZESAR 2010, 257.

[10] vgl. Thüsing a. a. O..

[11] vgl. hierzu insbesondere Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 5 Rn. 18 ff sowie Rn. 33 ff.

[12] vgl. Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 6 Rn. 5, 6; Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, S. 265, 266; Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, S 288–290.

unvorhersehbar durchgeführt werden, belasten den Arbeitsmarkt stärker als Kündigungen, die über einen längeren Zeitraum gestreckt werden.[13] Bereits die Europäische Gemeinschaft hat in einer Richtlinie von 1975 Angleichungen von Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über Massenentlassungen vorgenommen.

Konkreter Hintergrund der Massenentlassungs-Richtlinie war die Freisetzung von über 5000 Beschäftigten des AKZO-Konzerns in Belgien.[14] Die Entlassungen sollten zunächst in nicht ausgelasteten Werken in den Niederlanden und in Deutschland erfolgen. Da in beiden Ländern die Vorschriften über die Sozialpläne und den Kündigungsschutz sich als eher schwierig erwiesen, entschloss man sich einfach, das wirtschaftlich erfolgreiche Werk in Belgien zu schließen.

Die nunmehr maßgebenden Regelungen sind in der Massenentlassungs-Richtlinie von 1998 (RL 98/59/EG vom 20. Juli 1998) enthalten. Die Richtlinie regelt nicht, unter welchen inhaltlichen Voraussetzungen Massenentlassungen möglich sein sollen. Sie stellt lediglich zwei verfahrensmäßige Mindestanforderungen auf, die im Falle von Massenentlassungen unionsweit einzuhalten sind.[15] Nach Art. 2 der Richtlinie 98/59/EG hat der Arbeitgeber vor beabsichtigten Massenentlassungen[16] die Arbeitnehmervertreter rechtzeitig zu konsultieren, um zu einer Einigung zu kommen. Diese Konsultation erstreckt sich zumindest auf die Möglichkeit, Massenentlassungen zu vermeiden oder zu beschränken sowie auf die Möglichkeit, ihre Folgen durch soziale Begleitmaßnahmen, die insbesondere Hilfen für eine anderweitige Verwendung oder Umschulung der entlassenen Arbeitnehmer zum Ziel haben, zu mildern.[17] Nach Art. 3 besteht für den Arbeitgeber die Verpflichtung, der zuständigen Behörde die beabsichtigen Massenentlassungen rechtzeitig anzuzeigen.

Mehr sozialrechtlichen Inhalt hat dann die Insolvenz-Richtlinie RL 2008/94/EG. Mit dieser Richtlinie wird dem generellen Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer für den Fall Rechnung getragen, dass der Arbeitgeber zahlungsunfähig wird.[18] Ziel der Richtlinie ist daher die Sicherung des Arbeitsentgeltes bei zahlungsunfähigen Arbeitgebern. So sieht die Richtlinie für Entgeltansprüche aus einem näher defi-

[13] vgl. Thüsing a. a. O.; Fuchs/Marhold a. a. O.

[14] vgl. Hinrichs, Kündigungsschutz und Arbeitnehmerbeteiligung bei Massenentlassungen, 2001, S. 23; Schiek a. a. O. S. 265; Naber/Sittard in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 10 Rn. 2.

[15] vgl. Hütter, ZESAR 2015, 28.

[16] Nach Art. 1 der Richtlinie 98/59/EG sind Massenentlassungen Entlassungen, die ein Arbeitgeber aus einem oder mehreren Gründen, die nicht in der Person der Arbeitnehmer liegen, vornimmt und bei denen – nach Wahl der Mitgliedsstaaten – die Zahl der Entlassungen a) entweder innerhalb eines Zeitraums von 30 Tagen mindestens 10 in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 100 Arbeitnehmern bzw. mindestens 10 % der Arbeitnehmer in Betrieben mit in der Regel mindestens 100 und weniger als 300 Arbeitnehmern bzw. mindestens 30 in Betrieben mit in der Regel mindestens 300 Arbeitnehmern, b) oder innerhalb eines Zeitraums von 90 Tagen mindestens 20, und zwar unabhängig davon, wie viele Arbeitnehmer in der Regel in dem betreffenden Bereich beschäftigt sind, beträgt.

[17] vgl. zum Betriebsbegriff in Richtlinie 98/59/EG EuGH Athinaiki Chartopoiia AE, NZA 2007, S. 319.

[18] vgl. Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, S. 272, 273; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, S. 458; Colneric EuZA 2008, 224.

nierten Zeitraum bei Insolvenz des Arbeitgebers eine Zahlungspflicht durch eine Garantieeinrichtung vor.[19] Danach sind die Mitgliedsstaaten verpflichtet, Garantieeinrichtungen zu schaffen, die eine Befriedigung nicht erfüllter Ansprüche von Arbeitnehmern in Folge von Insolvenz sicherstellen (Art. 3 EU-Richtlinie 2008/94/EG). Nach Art. 4 der Richtlinie können die Mitgliedsstaaten aber die Zahlungspflicht der Garantieeinrichtungen begrenzen. So können die Mitgliedsstaaten nach eigenem Ermessen die Dauer des Zeitraums festlegen, für den die Garantieeinrichtung die nicht erfüllten Ansprüche zu befriedigen hat. Allerdings darf diese Dauer jedoch einen Zeitraum, der die letzten drei Monate des Arbeitsverhältnisses umfasst, nicht unterschreiten, Art. 4 Abs. 2 RL 2008/94/EG.

Der EuGH hatte sich im Zusammenhang mit der Insolvenz-Richtlinie (bzw. deren Vorläufer) bislang vorrangig mit Schadenersatzfragen wegen unterbliebener oder fehlerhafter Umsetzung der Richtlinie durch die Mitgliedsstaaten auseinanderzusetzen.[20] Der Gegenstand der vorgenannten Entscheidungen sind eher Staatshaftungsfragen im Zusammenhang mit fehlerhafter Umsetzung von Richtlinien und nicht so sehr arbeitsrechtliche Fragen[21]

14.3 Praktische Fallbeispiele

Wie ausgeführt, sollen zunächst im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang die für das deutsche Arbeitsrecht wesentlichen Entscheidungen zum Betriebsbegriff dargestellt werden.[22] Zudem musste sich der EuGH im Zusammenhang mit Massenentlassungen in einer für das deutsche Arbeitsrecht ebenfalls grundlegenden Entscheidung[23] mit der Frage auseinandersetzen, was unter Entlassung im Sinne von Art. 3 und 4 der EU-Richtlinie 98/59/EG zu verstehen ist.[24] Schließlich sollen im Zusammenhang mit der Francovich-Entscheidung die Rechtsfolgen bei einer fehlerhaften Umsetzung der Insolvenz-Richtlinie erläutert werden.[25]

[19] vgl. Colneric a. a. O.

[20] vgl. Francovich II EuGH Slg. 1995, I-3843 sowie Fall Bonifaci II EuGH Slg. 1997, I-3969).

[21] vgl. Francovich EuGH Slg. 1991, I-5357; ferner Schiek Europäisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, S. 287 ff; Riesenhuber a. a. O.

[22] vgl. Christel Schmidt EuGH Slg. 1994, I-1311; Ayse Süzen EuGH Slg. 1997, I-1259; Abler EuGH Slg. 2003, I14023.

[23] vgl. hierzu u. a. Ferme/Lepinski EuGH, NZA 2006, S. 937; Bauer/Krieger/Powietzka, DB 2005, S. 445; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 6 Rn. 10; sowie grundlegend Hinrichs, Kündigungsschutz und Arbeitnehmerbeteiligung bei Massenentlassungen, 2001, S. 68 ff.

[24] vgl. Junk EuGH Slg. 2005, I-885.

[25] vgl. Francovich EuGH Slg. 1991, I-5357.

14.3.1 Fall Christel Schmidt EuGH Slg. 1994, I-1311[26]

Frau S arbeitet seit mehreren Jahren bei der Sparkasse Bordesholm in Schleswig-Holstein. Ihr wurde gekündigt, weil die Reinigungstätigkeiten nach einem Umbau in der Filiale nicht mehr von der Sparkasse selbst sondern durch ein Drittunternehmen der Firma Spiegelblank vorgenommen werden sollten. Spiegelblank bot Frau S an, sie zu einem höheren monatlichen Arbeitsentgelt mit einer entsprechenden Ausweitung ihrer Aufgaben zu übernehmen. Frau S war nicht bereit, dieses Angebot anzunehmen, da sie aufgrund der erheblichen Vergrößerung ihrer Aufgaben von einer Verschlechterung ihres Stundenlohns ausging. Daraufhin wurde das Arbeitsverhältnis von Frau S gekündigt. Frau S rügt wegen der Kündigung die Verletzung von § 613 a IV BGB sowie RL 2001/23/EG. Die Sparkasse ist der Meinung, ein Betriebsteilübergang liege nicht vor, da die Reinigungsarbeiten allein von Frau S. ausgeführt wurden. Im Rahmen des Kündigungsrechtsstreits legte das LAG Schleswig-Holstein dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob Reinigungsaufgaben eines Betriebes, die auf eine Fremdfirma übertragen werden, auch dann einem Betriebsteil gleichgestellt werden, wenn die Aufgaben nur von einer Arbeitnehmerin erledigt werden.

Obwohl nur die Reinigungsarbeiten und keine Sachmittel von der Sparkasse auf die Firma Spiegelblank übertragen wurden, sah der EuGH hier einen Betriebsteilübergang im Sinne der Betriebsübergangs-Richtlinie 77/187/EWG (nunmehr RL 2001/23/EG). Hierfür sei auch ausreichend, dass die Aufgaben nur von einer Arbeitnehmerin wahrgenommen werden. Insoweit ist auch bei einer Funktionsnachfolge ein Betriebsübergang denkbar, wenn die Identität der wirtschaftlichen Einheit nach der Übertragung gewahrt bleibt.[27]

Die wichtigsten Leitsätze

1. Die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit ist das entscheidende Kriterium für die Antwort auf die Frage, ob es sich um einen Übergang eines Unternehmens oder Unternehmensteils im Sinne der Richtlinie handelt. Die Wahrung dieser Identität ergibt sich u. a. daraus, dass dieselbe oder eine gleichartige Geschäftstätigkeit vom neuen Inhaber tatsächlich weitergeführt oder wieder aufgenommen wird. (Rn. 17)
2. So stellt die Gleichartigkeit der vor und nach der Übertragung ausgeführten Reinigungsaufgaben, die im Übrigen durch das der betreffenden Arbeitnehmerin unterbreitete Angebot der Weiterbeschäftigung zum Ausdruck kommt, ein typisches Merkmal eines Vorgangs dar, der in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt und der Arbeitnehmerin, deren Tätigkeitsbereich übertragen wurde, den ihr durch diese Richtlinie eingeräumten Schutz bietet. (Rn. 17)
3. Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 77/187/EWG (nunmehr RL 2001/23/EG) ist so auszulegen, dass ein Fall, in dem ein Unternehmer durch Vertrag einem

[26] siehe auch NJW 1994, 2343; NZA 1994, 545; EuZW 1994, 374.

[27] vgl. Betriebsübergangsrichtlinie RL 2001/23/EG – Art. 4 Kündigungsverbot.

anderen Unternehmer die Verantwortung für die Erledigung der früher von ihm selbst wahrgenommenen Reinigungsaufgaben überträgt, auch dann dem Anwendungsbereich der Richtlinie unterliegt, wenn diese Aufgaben vor der Übertragung von einer einzigen Arbeitnehmerin erledigt wurden. (Rn. 20)

14.3.2 Fall Ayse Süzen EuGH Slg. 1997, I-1259[28]

Die Klägerin Süzen war bei der Zehnacker Gebäudereinigung GmbH als Reinigungskraft beschäftigt. Diese setzte sie in einer Gymnasialschule in Bonn-Bad Godesberg, dem Aloisiuskolleg, im Rahmen eines ihr vom Kolleg erteilten Reinigungsauftrages ein. Nachdem das Kolleg den Auftrag zum 30. Juni 1994 gekündigt hatte, entließ Zehnacker die Klägerin sowie sieben weitere Angestellte, die alle bei der Reinigung des Kollegs eingesetzt waren. Anschließend erteilte das Aloisiuskolleg den Auftrag der Lefarth GmbH. Im Rahmen der von der Klägerin gegen Zehnacker erhobenen Kündigungsschutzklage wurde der Lefarth GmbH der Streit verkündet. Im Gegensatz zum Fall Christel Schmidt war die Klägerin Süzen aber nicht in dem zu reinigenden Unternehmen selbst als Putzfrau sondern bei einer Fremdfirma, die die Reinigung vertraglich übernommen hatte, beschäftigt. Dieser wurde lediglich der Reinigungsauftrag entzogen und einer anderen Firma übertragen. Diese übernahm keine materiellen Betriebsmittel. Da nach Auffassung des Arbeitsgerichts Bonn die Entscheidung des Rechtsstreits von der Auslegung der Betriebsübergangs-Richtlinie abhing, legte dieses dem EuGH nach Art. 267 AEUV die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob dann, wenn ein Unternehmen einem Fremdunternehmen das Auftragsverhältnis kündigt, um dieses dann einem anderen Fremdunternehmen zu übertragen, ein Anwendungsfall der Betriebsübergangs-Richtlinie gegeben sei.

Der EuGH entschied hier – anders als bei Christel Schmidt – dass allein die Fortführung der Tätigkeit für einen Betriebsübergang nicht ausreicht. Betriebsmittelarme Tätigkeiten würden maßgeblich durch das Personal, die Führungskräfte, die Arbeitsorganisation und die Betriebsmethoden geprägt. Ausschlaggebend sei bei ihnen deshalb, ob ein nach Zahl- und Sachkunde wesentlicher Teil des Personals übernommen werde. Das war nicht geschehen, so dass kein Betriebsübergang vorlag. Der bloße Verlust eines Auftrages an einen Mitbewerber stellt daher nach dieser Entscheidung für sich genommen keinen Übergang im Sinne der Betriebsübergangs-Richtlinie dar.[29] Das Arbeitsgericht Bonn wurde allerdings beauflagt festzustellen, ob und in welchem Umfang der neue Unternehmensinhaber gekündigten oder sonstigen Arbeitnehmern des früheren Auftraggebers eine Weiterbeschäftigung angeboten hat und ob es sich hierbei um den wesentlichen Teil des Personals handelt.

[28] siehe auch NJW 1997, 2039; NZA 1997, 433; BB 1997, 735.

[29] vgl. hierzu Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 5 Rn. 21; Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, S. 308.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Die Betriebsübergangs-Richtlinie soll die Kontinuität der im Rahmen einer wirtschaftlichen Einheit bestehenden Arbeitsverhältnisse unabhängig von einem Inhaberwechsel gewährleisten. Entscheidend für einen Übergang im Sinne der Richtlinie ist, ob die fragliche Einheit ihre Identität bewahrt, was namentlich dann zu bejahen ist, wenn der Betrieb tatsächlich weitergeführt oder wiederaufgenommen wird. (Rn. 10)
2. Das Fehlen einer vertraglichen Beziehung zwischen Veräußerer und Erwerber oder, wie im vorliegenden Fall, zwischen zwei Unternehmern, denen nacheinander der Auftrag zur Reinigung einer Schule erteilt worden ist, kann zwar ein Indiz darstellen, dass kein Übergang im Sinne der Richtlinie erfolgt ist; ihm kommt in diesem Zusammenhang aber keine ausschlaggebende Bedeutung zu. (Rn. 11)
3. Die Richtlinie ist in allen Fällen anwendbar, in denen die für den Betrieb des Unternehmens verantwortliche natürliche oder juristische Person, die die Arbeitgeberverpflichtungen gegenüber den Beschäftigten des Unternehmens eingeht, im Rahmen vertraglicher Beziehungen wechselt. Somit setzt die Anwendung der Richtlinie nicht voraus, dass zwischen Veräußerer und Erwerber unmittelbar vertragliche Beziehungen bestehen; die Übertragung kann auch in zwei Schritten unter Einschaltung eines Dritten, wie z. B. des Eigentümers oder des Verpächters der Betriebsmittel, erfolgen. (Rn. 12)
4. Die Anwendung der Richtlinie setzt voraus, dass es um den Übergang einer auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Einheit geht, deren Tätigkeit nicht auf die Ausführung eines bestimmten Vorhabens beschränkt ist. Der Begriff Einheit bezieht sich dabei auf eine organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. (Rn. 13)
5. Bei der Prüfung, ob eine Einheit übergegangen ist, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden. Dazu gehören namentlich die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes, der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude und bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, der etwaige Übergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit. Diese Umstände sind jedoch nur Teilaspekte der vorzunehmenden Gesamtbewertung und dürfen deshalb nicht isoliert betrachtet werden. (Rn. 14)
6. Allein der Umstand, dass die von dem alten und dem neuen Auftragnehmer erbrachten Dienstleistungen ähnlich sind, erlaubt nicht den Schluss, dass der Übergang einer wirtschaftlichen Einheit vorliege. Eine Einheit darf nämlich nicht als bloße Tätigkeit verstanden werden. Ihre Identität ergibt sich auch aus anderen Merkmalen wie ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und gegebenenfalls den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln. (Rn. 15)

7. Der bloße Verlust eines Auftrags an einen Mitbewerber stellt daher für sich genommen keinen Übergang im Sinne der Richtlinie dar. Denn das zuvor beauftragte Dienstleistungsunternehmen verliert zwar einen Kunden, besteht aber in vollem Umfang weiter, ohne dass einer seiner Betriebe oder Betriebsteile auf den neuen Auftragnehmer übertragen worden wäre. (Rn. 16)
8. Zwar gehört die Übertragung von Betriebsmitteln auch zu den Kriterien, die von dem innerstaatlichen Gericht bei der Beurteilung der Frage zu berücksichtigen sind, ob tatsächlich ein Unternehmensübergang vorliegt; das Fehlen derartiger Betriebsmittel schließt aber einen Übergang im Sinne der Richtlinie nicht notwendigerweise aus. (Rn. 17)
9. Zu den Umständen, die bei der Feststellung eines Übergangs im Sinne der Richtlinie zu berücksichtigen sind, gehören außer dem Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und der Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes u. a. auch die Übernahme oder Nichtübernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Unternehmensinhaber. (Rn. 20)
10. Soweit in bestimmten Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden sind, eine wirtschaftliche Einheit darstellt, kann eine solche Einheit ihre Identität über ihren Übergang hinaus bewahren, wenn der neue Unternehmensinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernimmt, das sein Vorgänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt hatte. Denn in diesem Fall erwirbt der neue Unternehmensinhaber eine organisierte Gesamtheit von Faktoren, die ihm die Fortsetzung der Tätigkeiten oder bestimmter Tätigkeiten des übertragenden Unternehmens auf Dauer erlaubt. (Rn. 21)
11. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, anhand aller vorstehenden Auslegungsgesichtspunkte festzustellen, ob im vorliegenden Fall ein Übergang stattgefunden hat. Dazu ist festzustellen, ob der neue Unternehmensinhaber einem Teil der gekündigten oder auch sonstigen Arbeitnehmer des früheren Auftragnehmers eine Weiterbeschäftigung angeboten hat. (Rn. 22)

14.3.3 Fall Abler EuGH Slg. 2003, I-14023[30]

A war als Küchengehilfe am Orthopädischen Spital in Wien Speising beschäftigt. Die Bewirtschaftung der Küche wurde zunächst an die Firma Sanrest Großküchen GmbH vergeben, die Herrn A als Küchenhilfe weiterbeschäftigte. Aufgrund von Streitigkeiten endete der Vertrag mit der Firma Sunrest Großküchen GmbH und das Spital vergab die Bewirtschaftung an eine andere Firma, die Sodexho MM Catering GmbH. Da diese A nicht übernehmen wollte, wurde ihm gekündigt. Die Firma be-

[30] siehe auch NJW 2004, 45; NZA 2003, 1385; EuZW 2004, 52.

stritt, dass ein Betriebsübergang stattgefunden habe; sie habe es nämlich abgelehnt, auch nur einen einzigen Arbeitnehmer von Sanrest zu übernehmen. Außerdem habe es zwischen den beiden Firmen keine vertragliche Beziehung gegeben. Im Zuge des Kündigungsschutzverfahrens legte der Österreichische Oberste Gerichtshof dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob Art. 1 der Betriebsübergangs-Richtlinie auch auf eine Situation anwendbar sei, in der ein Auftraggeber den Vertrag mit einem Unternehmen beendet und über dieselbe Leistung einen neuen Vertrag mit einem zweiten Unternehmer abschließt.

Da mit dem neuen Auftrag auch der Kundenstamm (Patienten, Belegschaft, Gäste) und der Erwerber auch die vom Spital zur Verfügung gestellten Betriebsmittel mit übernahm, musste auch A nach Auffassung des EuGH entsprechend der Betriebsübergangs-Richtlinie mit übernommen werden. Eine unmittelbare vertragliche Beziehung zwischen Veräußerer und Erwerber ist für das Vorliegen eines Betriebsübergangs nicht erforderlich. Die Übertragung kann auch unter Einschaltung von Dritten, hier also des neuen Pächters der Firma Sodexho MM Catering GmbH erfolgen. Aus Anlass des Betriebsüberganges durfte A entsprechend Art. 4 Richtlinie 2001/23/EG nicht gekündigt werden.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Die Richtlinie 77/187 (nunmehr RL 2001/23/EG) soll die Kontinuität der im Rahmen einer wirtschaftlichen Einheit bestehenden Arbeitsverhältnisse unabhängig von einem Inhaberwechsel gewährleisten. Entscheidend für einen Übergang im Sinne der Richtlinie ist daher, ob die fragliche Einheit ihre Identität bewahrt, was namentlich dann zu bejahen ist, wenn der Betrieb tatsächlich weitergeführt oder wieder aufgenommen wird. (Rn. 28, 29)
2. Die Anwendbarkeit der Richtlinie 77/187 (nunmehr RL 2001/23/EG) setzt jedoch voraus, dass eine auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit übergegangen ist, deren Tätigkeit nicht auf die Ausführung eines bestimmten Vorhabens beschränkt ist. Der Begriff der wirtschaftlichen Einheit bezieht sich auf eine organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. (Rn. 30)
3. Bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen für den Übergang einer auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Einheit erfüllt sind, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden. Dazu gehören namentlich die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes, der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude und bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, der etwaige Übergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeiten. (Rn. 33)
4. Diese Umstände sind jedoch nur Teilaspekte der vorzunehmenden Gesamtbewertung und dürfen deshalb nicht isoliert betrachtet werden. Die Verpflegung kann nicht als eine Tätigkeit angesehen werden, bei der es im Wesentlichen

auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, da dafür Inventar in beträchtlichem Umfang erforderlich ist. Die für die betreffende Tätigkeit unverzichtbaren Betriebsmittel – nämlich die Räumlichkeiten, Wasser, Energie und das Groß- und Kleininventar (insbesondere das zur Zubereitung der Speisen erforderliche unbewegliche Inventar und die Spülmaschinen) – wurden von Sodexho übernommen. (Rn. 34)

5. Auch ist die Situation im Ausgangsverfahren durch die ausdrückliche und unabdingbare Verpflichtung zur Zubereitung der Speisen in der Küche des Krankenhauses und folglich zur Übernahme dieser Betriebsmittel geprägt. Der Übergang der Räumlichkeiten und des vom Spital zur Verfügung gestellten Inventars, der für die Zubereitung und die Verteilung der Speisen an die Patienten und das Spitalspersonal unerlässlich erscheint, reicht unter diesen Umständen für die Erfüllung der Merkmale des Übergangs der wirtschaftlichen Einheit aus. Es ist außerdem klar ersichtlich, dass der neue Auftragnehmer zwangsläufig im Wesentlichen die Kunden seines Vorgängers übernommen hat, da diese gebunden sind. (Rn. 34, 36)
6. Daraus ergibt sich, dass der Umstand, dass der neue Unternehmer keinen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernommen hat, welches sein Vorgänger für die Durchführung derselben Tätigkeit eingesetzt hatte, nicht ausreicht, um in einem Bereich wie dem der Verpflegung, bei der es im Wesentlichen auf das Inventar ankommt, den Übergang einer ihre Identität bewahrenden Einheit im Sinne der Richtlinie 77/187 (nunmehr RL 2001/23/EG) auszuschließen. Ferner setzt die Anwendung der Richtlinie 77/187 (nunmehr RL 2001/23/EG) nicht voraus, dass zwischen Veräußerer und Erwerber unmittelbar vertragliche Beziehungen bestehen; die Übertragung kann auch unter Einschaltung eines Dritten, wie z. B. des Eigentümers oder des Verpächters, erfolgen. (Rn. 37, 39)
7. Art. 1 der Richtlinie 77/187 (nunmehr RL 2001/23/EG) ist daher so auszulegen, dass diese auf eine Situation anwendbar ist, in der ein Auftraggeber, der einen ersten Unternehmer vertraglich mit der gesamten Verpflegung in einem Krankenhaus betraut hatte, diesen Vertrag beendet und über dieselbe Leistung einen neuen Vertrag mit einem zweiten Unternehmer abschließt, wenn der zweite Unternehmer zuvor von dem ersten Unternehmer benutzte und beiden nacheinander vom Auftraggeber zur Verfügung gestellte wesentliche materielle Betriebsmittel benutzt, und dies auch dann, wenn der zweite Unternehmer zum Ausdruck gebracht hat, dass er die Arbeitnehmer des ersten Unternehmers nicht übernehmen will. (Rn. 43)

14.3.4 Fall Junk EuGH Slg. 2005, I-885[31]

Frau J war bei der Arbeiterwohlfahrt gemeinnützige Pflegegesellschaft Südwest GmbH (AWO) als Pflegehelferin/Hauspflegerin beschäftigt. Die AWO betrieb ein

[31] siehe auch NJW 2005, 1099; NZA 2005, 213; EuZW 2005, 145.

Unternehmen für Hauspflegedienstleistungen und beschäftigte etwa 430 Arbeitnehmer. Es bestand ein Betriebsrat. Am 31. Januar 2002 stellte die AWO aufgrund von Zahlungsschwierigkeiten einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Mit Wirkung vom 1. Februar 2002 stellte sie sämtliche Mitarbeiter von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung frei und zahlte auch die Vergütung für den Monat Januar 2002 nicht. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens teilte der Insolvenzverwalter dem Betriebsrat am 19. Juni 2002 mit, dass er wegen der Schließung des Betriebes beabsichtige, sämtliche noch bestehenden Arbeitsverhältnisse zum 30. September 2002 zu kündigen und eine Massenentlassung durchzuführen. Dem Schreiben beigefügt war eine Liste mit den Namen, Anschriften und Geburtsdaten sowie weiteren Daten der zu entlassenden Arbeitnehmer. Der Betriebsrat teilte mit, dass eine zügige Abwicklung der Angelegenheit auch in seinem Sinne sei. Mit Schreiben vom 27. Juni 2002 kündigte die AWO das Arbeitsverhältnis von Frau J aus betriebsbedingten Gründen zum 30. September 2002. Mit Schreiben vom 27. August 2002, das am selben Tag beim Arbeitsamt einging, zeigte die AWO diesem die Entlassung von 172 Beschäftigten zum 30. September 2002 gem. § 17 Abs. 3 KSchG an. Sie fügte dieser Anzeige eine Stellungnahme des Betriebsrates bei. Frau J macht vor dem Arbeitsgericht geltend, dass die Kündigung unwirksam sei. Das ArbG Berlin hat das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob die Richtlinie 98/59/EG dahingehend auszulegen sei, dass unter Entlassung im Sinne von Art. 1 die Kündigung als der erste Akt zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verstehen sei oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Ablauf der Kündigungsfrist.

Der EuGH verweist zunächst darauf, dass strittig ist, ob unter „Entlassung“ im Sinne von Art. 3 und 4 der Richtlinie 98/59/EG (Massenentlassungs-Richtlinie) die Kündigungserklärung oder die tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Ablauf der Kündigungsfrist) zu verstehen sei. Nach Auffassung des EuGH sei mit Entlassung die Kündigungserklärung gemeint und nicht die vollendete Tatsache. Dies bedeutet, dass das Konsultations- und Anzeigeverfahren nach Art. 3 und 4 stattfinden muss, bevor der Arbeitgeber die Kündigungserklärung wirksam ausgesprochen hat. Insbesondere das Konsultationsverfahren kann seinen Sinn nur erfüllen, wenn es stattfinden muss, bevor der Arbeitgeber die Kündigungserklärung (Entlassung) ausgesprochen hat. Aus diesem Grunde war die Kündigung unwirksam. Hinsichtlich der Anzeige bei den staatlichen Stellen ist allerdings nur der Eingang der Anzeige bei der zuständigen Behörde Wirksamkeitsvoraussetzung vor Ausspruch der Kündigung. Das Anzeigeverfahren muss nicht abgeschlossen sein.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits muss der Inhalt des Begriffes „Entlassung“ im Sinne der Richtlinie bestimmt werden. Hierzu ist daran zu erinnern, dass die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts und der Gleichheitssatz verlangen, dass Begriffe einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts, die für die Ermittlung ihres Sinnes und ihrer Bedeutung nicht ausdrücklich auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist, in der Regel in der

gesamten Gemeinschaft autonom und einheitlich ausgelegt werden, wobei diese Auslegung unter Berücksichtigung des Regelungszusammenhangs und des mit der Regelung verfolgten Zweckes zu ermitteln ist. (Rn. 27, 29)

2. Sodann ist festzustellen, dass Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 98/59/EG eine Verpflichtung des Arbeitgebers vorsieht, die Arbeitnehmervertreter rechtzeitig zu konsultieren, wenn er beabsichtigt, Massenentlassungen vorzunehmen. Nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie hat der Arbeitgeber der zuständigen Behörde alle beabsichtigten Massenentlassungen anzuzeigen". (Rn. 35)
3. Das Tatbestandsmerkmal, dass ein Arbeitgeber Massenentlassungen „beabsichtigt", entspricht einem Fall, in dem noch keine Entscheidung getroffen worden ist. Dagegen ist die Mitteilung der Kündigung des Arbeitsvertrags Ausdruck einer Entscheidung, das Arbeitsverhältnis zu beenden, und dessen tatsächliche Beendigung mit dem Ablauf der Kündigungsfrist stellt nur die Wirkung dieser Entscheidung dar. (Rn. 36)
4. Damit sind die vom Gemeinschaftsgesetzgeber verwendeten Begriffe ein Indiz dafür, dass die Konsultations- und Anzeigepflichten vor einer Entscheidung des Arbeitgebers zur Kündigung von Arbeitsverträgen entstehen. (Rn. 37)
5. Diese Auslegung wird, was das Verfahren der Konsultation der Arbeitnehmervertreter angeht, schließlich durch das in Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie vorgegebene Ziel bestätigt, Kündigungen zu vermeiden oder ihre Zahl zu beschränken. Dieses Ziel ließe sich nicht erreichen, wenn die Konsultation der Arbeitnehmervertreter nach der Entscheidung des Arbeitgebers stattfände. (Rn. 38)
6. Die Kündigung des Arbeitsvertrags darf also erst nach Ende des Konsultationsverfahrens ausgesprochen werden, d. h., nachdem der Arbeitgeber die Verpflichtungen nach Art. 2 der Richtlinie erfüllt hat. (Rn. 45)
7. Zum Anzeigeverfahren sieht Art. 3 der Richtlinie vor, dass der Arbeitgeber der zuständigen Behörde „alle beabsichtigten Massenentlassungen" anzuzeigen hat. Nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie besteht der Zweck der Anzeige darin, es der zuständigen Behörde zu ermöglichen, nach Lösungen für die durch die beabsichtigten Massenentlassungen aufgeworfenen Probleme zu suchen. (Rn. 46, 47)
8. Nach Art. 4 Abs. 1 UnterAbs. 1 der Richtlinie werden die Massenentlassungen, d. h. die Kündigungen der Arbeitsverträge, erst mit dem Ablauf der geltenden Frist wirksam. Diese Frist entspricht folglich dem Mindestzeitraum, der der zuständigen Behörde für die Suche nach Lösungen zur Verfügung stehen muss. (Rn. 50, 51)
9. Da nach Art. 4 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie die im Fall der Einzelkündigung für die Kündigungsfrist geltenden Bestimmungen ausdrücklich unberührt bleiben, muss sich diese Bestimmung zwangsläufig auf den Fall bereits ausgesprochener Kündigungen beziehen, die eine solche Frist in Gang setzen. Der Vorbehalt des Ablaufs einer anderen als der in der Richtlinie vorgesehenen Kündigungsfrist wäre nämlich sinnlos, wenn überhaupt keine Frist zu laufen begonnen hätte. (Rn. 52)

10. Demnach ist festzustellen, dass die Art. 3 und 4 der Richtlinie der Kündigung von Arbeitsverträgen während des durch sie eingeführten Verfahrens nicht entgegenstehen, sofern diese Kündigung nach der Anzeige der beabsichtigten Massenentlassung bei der zuständigen Behörde erfolgt. (Rn. 53)

14.3.5 Fall Francovich EuGH Slg. 1991, I-5357[32]

Der Kläger Francovich hatte für die Firma CDN Elettronica SnC in Vicenza gearbeitet, dafür aber nur gelegentlich Abschlagszahlungen auf seinen Lohn erhalten. Er erhob Klage vor dem zuständigen italienischen Gericht, das den Arbeitgeber zur Zahlung von rund 6,0 Mio. Lira verurteilte. Im Rahmen der Zwangsvollstreckung nahm der Gerichtsvollzieher des Tribunale Vicenza ein Protokoll über eine fruchtlose Pfändung auf. Der Kläger verklagte daraufhin den italienischen Staat und verlangte die in der Richtlinie 80/987/EWG (nunmehr Insolvenz-Richtlinie 2008/94/EG) vorgesehenen Garantien, hilfsweise Schadenersatz. Mit der Insolvenz-Richtlinie wird ein Schutzbedürfnis von Arbeitnehmern für den Fall anerkannt, dass der Arbeitgeber zahlungsunfähig wird. Es soll daher ein Mindestniveau der Absicherung der Arbeitnehmer im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers auf EU-Ebene gesichert werden. Zu diesem Zweck werden die Mitgliedsstaaten verpflichtet, Garantieeinrichtungen zur Sicherung des Arbeitsentgeltes im Insolvenzfall zu schaffen.[33] Da der italienische Staat die Richtlinie 80/987/EWG nicht durchgeführt hatte, machte Francovich Amtshaftungsansprüche gegen den italienischen Staat geltend. Das zuständige italienische Gericht legte dem EuGH nach Art. 267 AEUV die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob sich aus der Insolvenzrichtlinie Schadenersatzansprüche zu Gunsten des Klägers ergeben.

Der EuGH nimmt in dieser Entscheidung zu der für das gesamte Europarecht wichtigen Frage Stellung, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn Mitgliedsstaaten EU-Richtlinien nicht fristgemäß und damit nicht ordnungsgemäß umsetzen. Der EuGH stellt zunächst fest, dass Italien seiner Verpflichtung auf Einrichtung entsprechender, in der Insolvenz-Richtlinie vorgesehener Garantieeinrichtungen nicht nachgekommen sei.

Sodann weist das Gericht darauf hin, dass nach den EU-Verträgen nicht nur Mitgliedsstaaten sondern auch der Einzelne Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Die nationalen Gerichte müssen daher die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts auch in Amtshaftungsfällen anwenden, um ihre Wirksamkeit zu gewährleisten. Der Grundsatz einer Haftung des Staates für Schäden, die dem Einzelnen durch dem Staat zurechenbare Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, folgt somit aus dem Wesen der mit den EU-Verträgen geschaffenen Rechtsordnung.

Verstößt ein Mitgliedsstaat gegen seine Verpflichtung zur Umsetzung einer EU-Richtlinie so besteht ein Entschädigungsanspruch, wenn drei Voraussetzungen er-

[32] siehe auch NJW 1992, 165; NVwZ 1992, 157; ZIP 1991, 1610.

[33] vgl. hierzu Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, S. 272, 273; Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, S. 287, 288.

füllt sind. Erstens müsste das durch die Richtlinie vorgeschriebene Ziel zum Inhalt haben, dem Einzelnen Rechte zu verleihen. Zweitens muss der Inhalt dieser Rechte auf der Grundlage der Richtlinie ausreichend bestimmt sein. Schließlich muss ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoß gegen die dem Staat auferlegte Verpflichtung und dem dem Geschädigten entstandenen Schaden bestehen. Im vorliegenden Fall war nach Auffassung des EuGH die Insolvenz-Richtlinie hinsichtlich des Kreises der Begünstigten und seines Leistungsinhaltes hinreichend bestimmt. Jedoch war unklar, wer Schuldner der in der Richtlinie genannten Garantieansprüche sein sollte. Es wurde aus der Richtlinie nicht deutlich, dass allein der Staat als Schuldner in Betracht kam, so dass dem betroffenen Arbeitnehmer keine Amtshaftungsansprüche zustanden.[34]

Die wichtigsten Leitsätze

1. Ein Mitgliedstaat, der die in einer Richtlinie vorgeschriebenen Durchführungsmaßnahmen nicht fristgemäß erlassen hat, kann dem Einzelnen nicht entgegenhalten, dass die Richtlinie keine Wirkung entfaltet. Demnach kann sich der einzelne mangels fristgemäß erlassener Durchführungsmaßnahmen auf Bestimmungen einer Richtlinie, die inhaltlich als unbedingt und hinreichend genau erscheinen, gegenüber allen innerstaatlichen, nicht richtlinienkonformen Vorschriften berufen; der Einzelne kann sich auf diese Bestimmungen auch berufen. (Rn. 11)
2. Es ist somit zu prüfen, ob die Bestimmungen der Richtlinie 80/987/EWG (nunmehr Insolvenz-Richtlinie 2008/94/EG), die die Rechte der Arbeitnehmer festlegen, unbedingt und hinreichend genau sind. Diese Prüfung muss sich auf drei Gesichtspunkte erstrecken: die Bestimmung des Personenkreises, dem die vorgesehene Garantie zugutekommen soll, den Inhalt dieser Garantie und schließlich die Person des Schuldners der Garantieansprüche. In diesem Zusammenhang stellt sich insbesondere die Frage, ob der Staat deshalb als Schuldner der Garantieansprüche angesehen werden kann, weil er nicht fristgemäß die notwendigen Umsetzungsmaßnahmen getroffen hat. (Rn. 12)
3. Die Richtlinie gilt für Ansprüche von Arbeitnehmern aus Arbeitsverträgen oder Arbeitsverhältnissen gegen Arbeitgeber, die zahlungsunfähig sind; in Art. 2 Abs. 1 sind die Fälle genannt, in denen ein Arbeitgeber als zahlungsunfähig anzusehen ist. Wegen der Begriffsbestimmung der Worte Arbeitnehmer und Arbeitgeber wird auf das einzelstaatliche Recht verwiesen. Schließlich können die Mitgliedstaaten bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern, die im

[34] Nach dieser Entscheidung erließ die italienische Regierung im Januar 1982 ein Dekret zur Umsetzung der Richtlinie, worin gleichzeitig Schadenersatzregelungen wegen verspäteter Umsetzung der Richtlinie enthalten waren. Hiervon ausgenommen waren Arbeitnehmer, gegenüber deren Arbeitgeber kein Verfahren zur gemeinschaftlichen Befriedigung ihrer Gläubiger durchgeführt wurde. Hierzu gehörte auch Herr Francovich, der sich mit einer erneute Vorlage an den EuGH wandte. Der EuGH wies diese erneute Klage in dem Urteil Francovich II EuGH Slg. 1995, I-3843 ab, weil keine Verletzung der Richtlinie oder des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorlag.

Anhang der Richtlinie aufgeführt sind, ausnahmsweise und unter bestimmten Voraussetzungen vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausschließen. Diese Bestimmungen sind unbedingt und hinreichend genau. (Rn. 13, 14)

4. Was sodann den Inhalt der Garantie anbelangt, so ist nach Art. 3 der Richtlinie die Befriedigung der nicht erfüllten Ansprüche aus Arbeitsverträgen oder Arbeitsverhältnissen sicherzustellen, die das Arbeitsentgelt für den Zeitraum vor einem vom Mitgliedstaat festgesetzten Zeitpunkt betreffen. Der Mitgliedstaat hat bei dieser Festsetzung die Wahl zwischen drei Möglichkeiten: a) dem Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, b) dem Zeitpunkt der Kündigung zwecks Entlassung des betreffenden Arbeitnehmers wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, c) dem Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers oder dem Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses des betreffenden Arbeitnehmers wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers. (Rn. 15)
5. Nach Art. 4 Absätze 1 und 2 kann der Mitgliedstaat entsprechend diesem Wahlrecht die Zahlungspflicht auf Zeiträume von drei Monaten oder acht Wochen begrenzen. Schließlich können die Mitgliedstaaten für die Zahlungsgarantie eine Höchstgrenze festsetzen, um die Zahlung von Beträgen zu vermeiden, die über die soziale Zweckbestimmung der Richtlinie hinausgehen. (Rn. 16)
6. Dem Mitgliedstaat steht somit ein Wahlrecht hinsichtlich der Festsetzung des Zeitpunkts zu, von dem an die Befriedigung der Ansprüche garantiert werden muss. Jedoch schließt die Tatsache, dass der Staat zwischen mehreren möglichen Mitteln zur Erreichung des durch eine Richtlinie vorgeschriebenen Ziels wählen kann, nicht aus, dass der einzelne vor den nationalen Gerichten die Rechte geltend machen kann, deren Inhalt sich bereits aufgrund der Richtlinie mit hinreichender Genauigkeit bestimmen lässt. (Rn. 17, 18)
7. Die in der Richtlinie vorgesehene Mindestgarantie lässt sich in der Weise bestimmen, dass der Zeitpunkt zugrunde gelegt wird, bei dessen Wahl die Garantieeinrichtung am wenigsten belastet wird. Dies ist der Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers. Es ist somit festzustellen, dass die in Rede stehenden Bestimmungen über den Inhalt der Garantie unbedingt und hinreichend genau sind. (Rn. 19, 22)
8. Allerdings regelt die Richtlinie nicht, wer Schuldner der Garantieansprüche ist. Der Mitgliedstaat verfügt in dieser Hinsicht über einen weiten Gestaltungsspielraum. Dabei kann der Staat nicht allein deshalb als Schuldner angesehen werden, weil er die Richtlinie nicht fristgemäß umgesetzt hat. Die Richtlinie ist daher in dieser Hinsicht nicht ausreichend bestimmt. (Rn. 25, 26)
9. Insgesamt ist somit festzustellen, dass die Betroffenen nach den Bestimmungen der Richtlinie 80/987/EWG (nunmehr Insolvenz-Richtlinie 2008/94/EG), die die Rechte der Arbeitnehmer festlegen, diese Rechte mangels fristgemäß erlassener Durchführungsmaßnahmen nicht vor den nationalen Gerichten dem Staat gegenüber geltend machen können. (Rn. 27)

14.4 Auswirkung auf die deutsche Rechtsordnung und die arbeitsrechtliche Praxis

Aus den dargestellten Entscheidungen wird deutlich, dass die Übernahme einer Hauptbelegschaft für einen Betriebsübergang ausreichend sein kann.[35] Auch kann bei einer Auftragsnachfolge ohne Personalübergang ein Betriebsübergang vorliegen. Zudem ist für einen rechtsgeschäftlichen Übergang nicht zwingend einen Vertrag zwischen Inhaber und Erwerber Voraussetzung. Eine Vereinbarung mit einer dritten Person kann hierfür ausreichend sein[36] Hinsichtlich der Frage der wirtschaftlichen Einheit hatte der EuGH in Folge der drei dargestellten Fälle ferner zu entscheiden, ob die Identität der wirtschaftlichen Einheit auch dann noch gewahrt bleibe, wenn sie beim Erwerber ihre organisatorische Selbständigkeit verliert.[37] Der EuGH hat darüber hinaus in einer Vielzahl von Entscheidungen zu Einzelfragen des Betriebsüberganges, so u. a. dem Dauerthema Bezugnahmeklausel und Gleichstellungsabrede[38], dem Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer[39], der Weitergeltung kollektivrechtlicher Vereinbarungen[40], der Frage des Übergangs von Leiharbeitnehmern auf den Erwerber des Entleiher-Betriebes[41] und ob auch der Übergang von Arbeitsverhältnissen bei Gebietskörperschaften kraft Gesetzes unter die Betriebsübergangs-Richtlinie fällt[42] Stellung genommen.

14.4.1 Gesetzliche Regelungen in § 613 a BGB

Die wesentlichen Regelungen zum Betriebsübergang enthält § 613 a BGB, dessen Ursprungsfassung bereits vor der ersten Betriebsübergangs-Richtlinie im BGB enthalten war. Änderungen aufgrund der Betriebsübergangs-Richtlinie gab es für den deutschen Gesetzgeber hinsichtlich des Widerspruchs- und Informationsrechts der Arbeitnehmer[43]. Entsprechende Änderungen sind mittlerweile in § 613 a Abs. 5 und 6 BGB enthalten. Danach hat der bisherige Arbeitgeber oder der neue Inhaber die von einem Übergang betroffenen Arbeitnehmer in Textform über Zeit und Grund des Übergangs, über die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen und über die in Aussicht genommenen Maßnahmen zu unterrichten. Der Arbeitnehmer kann dem Übergang innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung nach Abs. 5

[35] vgl. Christel Schmidt EuGH Slg. 1994, I-1311; Ayse Süzen EuGH Slg. 1997, I-1259; ferner Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, S. 280; Thüsing a. a. O.

[36] vgl. Abler EuGH Slg. 2003, I14023; ferner Daddy`s Dancehall EuGH Slg. 1988, 739.

[37] vgl. EuGH Klarenberg NJW 2009, S. 2029.

[38] vgl. EuGH Werhof Slg. 2006, I-2397.

[39] vgl. EuGH Berg u. Busschers Slg. 1988, 2559.

[40] vgl. EuGH Bork International Slg. 1988, 3057.

[41] vgl. EuGH Albron Catering NJW 2011, S. 439.

[42] vgl. EuGH Scattolon NZA 2011, S. 1077.

[43] vgl. hierzu Thüsing a. a. O.; Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, S. 299, 319.

schriftlich widersprechen.[44] Sofern die Unterrichtung nach § 613 a Abs. 5 BGB inhaltlich nicht ausreichend ist, wird grundsätzlich die Frist nach Abs. 6 nicht in Gang gesetzt.[45] Insoweit stellt sich in diesem Zusammenhang insbesondere die Frage einer Verwirkung des Widerspruchsrechts bei fehlender Unterrichtung über den Betriebsübergang.[46]

14.4.2 BAG-Rechtsprechung zur Funktionsnachfolge

Das BAG hat in mehreren Entscheidungen die Vorgaben des EuGH – insbesondere im Zusammenhang mit der Funktionsnachfolge bei der Auftragsneuvergabe[47] – umgesetzt. Dabei hatte das BAG unter anderem zu entscheiden, ob ein Betriebsübergang auch in Fällen wie der Neuvergabe von Druckereiservicedienstleistungen[48], dem Wechsel der Bistrobewirtschaftung bei der Deutschen Bahn[49], dem Wechsel eines Betreibers eines Frauenhauses[50], der Neuvergabe der Bereederung eines Forschungsschiffs[51], der Neuvergabe des Auftrags zur Personenkontrolle am Düsseldorfer Flughafen[52] und der Übertragung einer F- und E-Abteilung[53] vorliegt. In allen Fällen betont das BAG im Anschluss an den EuGH, dass es nicht nur auf eine eigenwirtschaftliche Nutzung der sächlichen Betriebsmittel für die Frage des Betriebsübergangs ankomme. Entscheidend ist nach Auffassung des BAG, dass bei wertender Betrachtung der eigentliche Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs auf den Erwerber übergehen muss. Maßgeblich ist daher, dass eine funktional selbständige wirtschaftliche Einheit übertragen werde. Letztlich ist aus den drei dargestellten Entscheidungen des EuGH zum Betriebsübergang rückzuschließen, dass es in jedem Fall Sache der nationalen Gerichte ist,

---

[44] vgl. Rieble/Wiebauer NZA 2009, 401; Dzida, DB 2010, 167; Nebeling/Kille NZA-RR 2013, 1.

[45] vgl. Rieble/Wiebauer a. a. O.; Nebeling/Kille a. a. O.

[46] vgl. BAG AP BGB § 613 a Widerspruch Nr. 8 u. 23; ferner Rieble/Wiebauer a. a. O.; Nebeling/Kille a. a. O.

[47] vgl. hierzu Schlachter, Casebook Europäisches Arbeitsrecht, S. 253, 254; Fuchs/Merkes ZESAR 2010, 257.

[48] vgl. BAG NZA 2006, S. 723 (sächliche Betriebsmittel sind wesentlich, wenn ihr Einsatz den eigentlichen Kern zur Wertschöpfung ausmacht).

[49] vgl. BAG NZA 2006, S. 1039 (Bei der Prüfung eines Betriebsübergangs ist das Merkmal der eigenwirtschaftlichen Nutzung der sächlichen Betriebsmittel nicht heranzuziehen).

[50] vgl. BAG NZA 2006, S. 1096 (Wesentliche Änderungen des Konzepts und der Organisation können einem Betriebsübergang entgegenstehen).

[51] vgl. BAG NZA 2006, S. 1105 (Ein Forschungsschiff ist eine wirtschaftliche Einheit, die bei einer Neubereederung und Fortführung als Forschungsschiff ihre Identität wahrt).

[52] vgl. BAG NZA 2006, S. 1101 (Wird eine Kontrolltätigkeit unverändert und ohne zeitliche Unterbrechung fortgeführt, ist von einem Betriebsübergang auszugehen, wenn diese Tätigkeit den eigentlichen Kern der Wertschöpfung darstellt.).

[53] vgl. EuGH NZA 2009, 251 (Wahrung der organisatorischen Selbständigkeit für das Vorliegen eines Betriebsübergangs beim Erwerber nicht erforderlich).

nach den vom EuGH entwickelten Kriterien über die Frage eines Betriebsübergangs zu entscheiden.[54]

14.4.3 BAG-Rechtsprechung zur Entlassungssperre nach § 18 KSchG

Die wesentlichen Regelungen über Massenentlassungen sind in den §§ 17, 18 KSchG sowie den §§ 111–113 BetrVG enthalten. Die vorgenannten Regelungen existierten in Deutschland schon vor Verabschiedung der Massenentlassungs-Richtlinie RL 98/59/EG. Praktische Auswirkungen hatte insbesondere die Junk-Entscheidung.[55] Nach § 18 Abs. 1 KSchG werden anzeigepflichtige Entlassungen vor Ablauf eines Monats nach Eingang der Anzeige nur mit Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit wirksam. Dies bedeutet, dass bis zum Ablauf der Monatsfrist eine vom Arbeitgeber erklärte Kündigung keine Wirkung entfalten kann.

Nach Auffassung des BAG[56] verbietet die vorgenannte Regelung aber nicht den Ausspruch von Kündigungen unmittelbar nach Erstattung (Eingang) der Anzeige bei der Bundesagentur für Arbeit. Selbst wenn man unter Entlassungen im Sinne von § 18 Abs. 1 KSchG wie der EuGH den Ausspruch der Kündigung selbst versteht, lässt sich nach Auffassung des BAG dem Gesetzeswortlaut lediglich entnehmen, dass die ausgesprochene Kündigung ohne Einhaltung der Frist von einem Monat nicht vollzogen werden kann. Das Wirksamwerden „bezieht sich somit auf den Eintritt der Rechtsfolgen der Kündigung und nicht auf den Ausspruch".

Diese Auslegung entspricht auch dem vom EuGH hervorgehobenen Gesetzeszweck, nach dem lediglich ein Mindestzeitraum von 30 Tagen zwischen Eingang der Anzeige und der tatsächlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses liegen soll. Daher werden faktisch von der Sperrfrist nur solche Kündigungen erfasst, bei denen die Kündigungsfrist kürzer als die Sperrfrist von einem Monat ist.[57] Mithin ist aufgrund der dargestellten Rechtsprechung nach den Regelungen der §§ 17, 18 KSchG der Ausspruch einer Kündigung zulässig, wenn dieser nach Eingang der Anzeige bei der Bundesagentur für Arbeit erfolgt. Voraussetzung ist lediglich, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mindestens erst einen Monat nach Eingang der Anzeige eintritt.[58]

---

[54] vgl. Franzen EuZA 2014, 305; ferner Fuchs/Merkes ZESAR 2010, 257; Linneweber ZESAR 2014, 465.

[55] vgl. u. a. Ferme/Lepinski NZA 2006, 937; Bauer/Krieger/Powietzka, DB 2005, 445; Osnabrügge NJW 2005, 1093; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 6 Rn. 23–26.

[56] vgl. BAG NZA 2006, 971; BAG NZA 2007, 25.

[57] vgl. hierzu u. a. BAG NZA 2006, 971; BAG NZA 2007, 25; BAG Beck RS 2009, 53327; Thüsing a. a. O. § 6 Rn. 10; ferner zum zeitlichen Ablauf des Konsultationsverfahrens: Naber/Sittard in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 10 Rn. 71–83.

[58] vgl. BAG a. a. O.

14.4.4 Regelungen zum Arbeitnehmer-Insolvenzschutz

In Deutschland bestanden schon vor Verabschiedung der Arbeitnehmer-Insolvenzschutz-Richtlinie RL 2008/94/EG Regelungen über das sog. Konkursausfallgeld zur Sicherung vom Arbeitgeber nicht erfüllter Ansprüche wegen Zahlungsunfähigkeit.[59] Gegenwärtig sind die maßgebenden Regelungen in § 165 SGB III enthalten. Danach hat ein Arbeitnehmer mit Ansprüchen auf Arbeitsentgelt bei Vorliegen eines Insolvenzereignisses Anspruch auf Insolvenzgeld. Als Insolvenzereignis gilt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers, die Abweisung eines Insolvenzantrages mangels Masse oder die vollständige Beendigung der Betriebstätigkeit im Inland, wenn ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht gestellt worden ist und ein solches offensichtlich mangels Masse nicht in Betracht kommt. Der Anspruch auf Insolvenzgeld besteht für das ausgefallene Arbeitsentgelt und ist auf die letzten drei, dem Insolvenzereignis vorausgehenden Monate beschränkt. Für Ansprüche nach Insolvenzeröffnung kann der Arbeitnehmer kein Insolvenzgeld mehr verlangen, was insoweit mit der Arbeitnehmer-Insolvenzschutz-Richtlinie RL 2008/94/EG vereinbar ist, da diese nur einen Mindestzeitraum von drei Monaten garantieren will und den Mitgliedsstaaten bei Festlegung des Bezugszeitraums ein weites Ermessen einräumt. Im Übrigen ergeben sich – unabhängig von der vorgenannten EU-Richtlinie – weitere arbeitsrechtliche Regelungen im Insolvenzfall aus den §§ 113, 114, 120–128 InsO.[60]

Die Francovich-Entscheidung ist zunächst einmal deshalb von Bedeutung, weil der EuGH mit ihr zum ersten Mal einen gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch gegenüber Mitgliedsstaaten anerkannt hat.[61] Der Grundsatz des „effet utile“ gebietet es in richterlicher Rechtsfortbildung, eine solche Anspruchsgrundlage zur Verfügung zu stellen, denn nur auf diese Weise kann dem Gemeinschaftsrecht in möglichst großem Umfang Wirksamkeit verschafft werden.[62] Dieser vom EuGH entwickelte gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch ist nicht zu verwechseln mit dem gemeinschaftsrechtlichen Amtshaftungsanspruch nach Art. 340 AEUV. Dieser richtet sich nicht gegen Mitgliedsstaaten, sondern allein gegen die Organe der Union. Sofern Mitgliedsstaaten eine Richtlinie nicht fristgerecht umsetzen, scheidet ein Anspruch nach Art. 340 AEUV aus, so dass es nur noch aus den genannten Gründen bei dem allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch verbleibt.

Gleichwohl war Herr Francovich mit seiner Klage erfolglos, da die Insolvenz-Richtlinie nach Auffassung des EuGH nicht ausreichend bestimmt war. Es fehlten

---

[59] vgl. Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 25 Rn. 30; Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, S. 287 ff.

[60] vgl. hierzu BAG NZA 2006, 727; BAG NZA 2006, 1352; BAG NZA 2006, 720; ferner Gallner in Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar, 15. Auflage, zu §§ 113, 114 InsO; Steindorf/Regh, Arbeitsrecht in der Insolvenz, 2002.

[61] vgl. Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, S. 283.

[62] vgl. Francovich EuGH Slg. 1991, I-5357; Fuchs/Marhold a. a. O., S. 283, 284; Lorz, Fallrepetitorium Europarecht, S. 47.

in der Richtlinie konkrete Regelungen, wer Schuldner der Garantieansprüche sein soll. Aus dieser Entscheidung wird daher deutlich, dass Schadenersatzansprüche wegen nicht rechtzeitiger Umsetzung einer Unions-Richtlinie nur dann erfolgreich sind, wenn die Pflichten in der Richtlinie unbedingt und hinreichend genau bestimmt sind.[63] Dies bedeutet zum einen, dass eine Richtlinie die Verleihung von Rechten an Einzelne zum Inhalt haben muss, die genau bestimmt und unbedingt sind. Zum anderen muss ein Ursachenzusammenhang zwischen dem Verstoß gegen die dem Mitgliedsstaat auferlegte Umsetzungspflicht und dem dem Geschädigten entstandenen Schaden bestehen.[64]

1. Primärrechtliche Kompetenznorm Art. 115 AEUV	Angleichung von Rechtsvorschriften mit unmittelbarem Einfluss auf das Funktionieren des Binnenmarktes
2. Ziel (Erwägungsgründe 3, 8)	- Erforderlichkeit von Bestimmungen, die die Arbeitnehmer bei einem Inhaberwechsel schützen, - insbesondere die Wahrung der Ansprüche von Arbeitnehmern ist zu gewährleisten
3. Anwendungsbereich (Art. 1)	Vertragliche Übertragung von - Unternehmen, - Betrieben, - Unternehmens- bzw. Betriebsteilen
4. Rechte und Pflichten beim Betriebsübergang (Art. 3)	- Rechte und Pflichten bleiben bestehen, - Rechte und Pflichten gehen auf den Erwerber über, - Mitgliedsstaaten können gesamtschuldnerische Haftung vorsehen
5. Verbot der Kündigung (Art. 4)	- Übergang stellt keinen Grund zur Kündigung dar, - etwaige Kündigungsmöglichkeiten aus sonstigen wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen bleiben unberührt
6. Unterrichtungs- und Beratungsrechte des Arbeitnehmer (Art. 7)	Veräußerer und Erwerber sind verpflichtet, die betroffenen Arbeitnehmer zu informieren über - den Zeitpunkt des Übergangs, - den Grund für den Übergang, - die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs, - die in Aussicht genommenen Maßnahmen

Abb. 14.1 RL 2001/63/EG über die Wahrung von Ansprüchen beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- und Betriebsteilen (Betriebsübergangs-Richtlinie)

[63] vgl. auch zu der Frage der möglicherweise fehlenden Kausalität im Francovich-Fall: Fuchs/Marhold a. a. O., S. 284.

[64] vgl. Fuchs/Marhold a. a. O.

1. Primärrechtliche Kompetenznorm Art. 115 AEUV	Angleichung von Rechtsvorschriften mit unmittelbarem Einfluss auf das Funktionieren des Binnenmarktes
2. Ziel (Erläuterungsgründe 2, 4, 11)	- Im Interesse einer ausgewogenen wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung ist der Schutz der Arbeitnehmer bei Massenentlassungen zu verstärken. - Im Interesse eines funktionierenden Binnenmarktes sollen unionsweit einheitliche Informations-, Konsultations- und Meldepflichten des Arbeitgebers vorgegeben werden. - RL enthält keine materiellen Regelungen über Kündigungsgründe
3. Begriffsbestimmungen Massenentlassungen (Art. 1)	Entlassungen, die ein Arbeitgeber aus einem oder mehreren Gründen innerhalb eines Zeitraums von 30 Tagen vornimmt, wenn die Zahl der Entlassungen - mindestens 10 in Betrieben mit i. d. R. mehr als 20 und weniger als 100 Arbeitnehmern, - mindestens 10 von 100 der Arbeitnehmer in Betrieben mit i. d. R. mindestens 100 und weniger als 300 Arbeitnehmern, - mindestens 30 in Betrieben mit i. d. R. mindestens 300 Arbeitnehmern beträgt.
4. Unterrichtungsrechte der Arbeitnehmer (Art. 2 Abs. 3)	Den Arbeitnehmervertretern sind mitzuteilen: - die Gründe der geplanten Entlassung, - die Zahl und die Kategorie der zu entlassenden Arbeitnehmer, - die Zahl und die Kategorie der i. d. R. beschäftigten Arbeitnehmer, - den Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden, - die vorgesehene Methode für die Berechnung etwaiger Abfindungen
5. Beratungsrechte der Arbeitnehmer (Art. 2 Abs. 1 u. 2)	- Arbeitnehmer sind rechtzeitig zu konsultieren - Ziel sollte sein, zu einer Einigung zu gelangen, um Massenentlassungen zu vermeiden oder zu beschränken.
6. Behördliche Anzeigepflicht (Art. 3)	Der Arbeitgeber hat die zuständige Behörde von der beabsichtigten Massenentlassung schriftlich zu informieren.
7. Behördliche Entlassungssperre (Art. 4)	Die der zuständigen Behörde angezeigten beabsichtigten Massenentlassungen werden frühestens 30 Tage nach Eingang der Anzeige wirksam.

Abb. 14.2 RL 98/59/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über Massenentlassungen (Massenentlassungs-Richtlinie)

1. Primärrechtliche Kompetenznorm Art. 115 AEUV	Angleichung von Rechtsvorschriften mit unmittelbarem Einfluss auf das Funktionieren des Binnenmarktes
2. Ziel (Erwägungsgründe 3 u. 4)	- Sicherstellung eines angemessenen Schutzes der betroffenen Arbeitnehmer im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers; - Gewährleistung von Zahlung nicht erfüllter Gehaltsansprüche
3. Geltungsbereich (Art. 1)	Ansprüche von Arbeitnehmern aus Arbeitsverträgen gegen zahlungsunfähigen Arbeitgeber.
4. Maßnahmen der Mitgliedsstaaten (Art. 3, 4)	- Mitgliedsstaaten schaffen Garantieeinrichtungen, die die Befriedigung der nicht erfüllten Ansprüche sicherstellen, - Mitgliedsstaaten können die Zahlungsfristen der Garantieeinrichtungen begrenzen
5. Grundsätze bei der Schaffung der Garantieeinrichtung (Art. 5)	Mitgliedsstaaten legen die Einzelheiten der Garantieeinrichtung fest, wobei - das Vermögen der Einrichtung vom Betriebsvermögen des Arbeitgebers unabhängig sein muss, - die Arbeitgeber zur Mittelaufbringung beitragen müssen, - die Zahlungspflicht der Einrichtung unabhängig von der Erfüllung der Verpflichtung zur Mittelaufbringung bestehen muss.

Abb. 14.3 RL 2008/94/EG über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers (Insolvenz-Richtlinie)

15 Kollektives nationales Arbeitsrecht (Streikrecht) und EU-Freiheiten

Grundsätzlichgehört das kollektive Arbeitsrecht nach Art. 153 Abs. 5 AEUV nicht in die Zuständigkeit des Unionsgesetzgebers.[1] Daher verbleibt die Regelungskompetenz für Koalitions-, Streik- und Arbeitskampfmaßnahmen bei den Mitgliedsstaaten. Gleichwohl können Streik- bzw. Arbeitskampfmaßnahmen dann, wenn sie sich gegen Arbeitgeber aus dem EU-Ausland richten, unionsrechtlichen Grenzen unterliegen, die sich aus den EU-Grundfreiheiten ergeben.[2]

15.1 Die Beachtung der Dienst- und Niederlassungsfreiheit

Zu Arbeitskämpfen zwischen Koalitionen aus unterschiedlichen Mitgliedsstaaten kann es insbesondere dann kommen, wenn Arbeitgeber versuchen, die günstigeren arbeitsvertraglichen Regelungen ihres Niederlassungsstaates bei grenzüberschreitender Tätigkeit zur Anwendung zu bringen und Gewerkschaften im Tätigkeitsstaat hierauf mit Streikmaßnahmen reagieren. Da sich EU-Dienstleister beim grenzüberschreitenden Arbeitseinsatz grundsätzlich auf die Dienstleistungsfreiheit und unter bestimmten Voraussetzungen auch auf die Niederlassungsfreiheit berufen können, ergeben sich die in Entsendungsfällen klassischen Rechts- und Interessenkonflikte zwischen Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerschutz.

[1] vgl. aber die Regelungszuständigkeiten für kollektivrechtliche Vertretungs- und Mitbestimmungsangelegenheiten in Art. 153 Abs. 1 f AEUV.

[2] vgl. Rebhahn, ZESAR 2008, 110, 111; Jansen NZA 2006, Beilage 2, 159; Zachert NZA 2006, Beilage 2, 61; Kroeschell NZA 2009, 1006; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 10 Rn. 6.

P. Hantel, *Europäisches Arbeitsrecht,* Springer-Lehrbuch,
DOI 10.1007/978-3-662-46894-4_15

15.2 Das Streikrecht als Bestandteil des Unionsrechts

Obwohl es wegen der Bereichsausnahme nach Art. 153 Abs. 5 AEUV an einer eindeutigen unionsrechtlichen Regelung zum Arbeitskampfrecht fehlt[3], kann doch davon ausgegangen werden, dass Streik- und Arbeitskampfmaßnahmen Bestandteil des Unionsrechts sind.[4] Mitgliedsstaatliche Regelungen, die das Streikrecht ausschließen, wären daher mit den Rechtsprinzipien der Union nicht vereinbar.

Gleichwohl entfalten die kollektivrechtlichen Regelungen in Art. 27 und 28 GRCh keine unmittelbare Rechtswirkung für alle Mitgliedsstaaten, da sich die GRCh nur auf unionsrechtliche Sachverhalte bezieht, Art. 51 Abs. 1 und 2 GRCh. Daher lässt sich aus dem in Art. 28 GRCh vorgesehenen Recht auf Koalitionsverhandlungen und Koalitionsmaßnahmen unmittelbar kein unionsweites Streikrecht herleiten.[5] Allerdings hat nach Art. 11 Abs. 1 EMRK – der über Art. 52 Abs. 3 GRCh Grundrechtswirkung entfaltet – jede Person das Recht, zum Schutz seiner Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten. Es kann dahingestellt bleiben, ob sich aufgrund des Wortlautes aus dieser Regelung ein Recht auf kollektive Maßnahmen, wie Streik oder Aussperrung herleiten lässt.[6] Nach Sinn und Zweck dürfte sich aus dieser Vorschrift ein Streikrecht ableiten lassen, weil nur so die Gewerkschaften handlungsfähig sind.

Schließlich ist das Recht zum Streik ausdrücklich in Teil II Art. 6 Nr. 4 Europäische Sozialcharta (ESC) enthalten.[7] Zwar handelt es sich, wie in Kapitel A dargestellt, bei der ESC nur um eine völkerrechtliche Vereinbarung, aus der Einzelpersonen oder Koalitionen keine subjektiven Rechte ableiten können. Gleichwohl sind die vorgenannten Regelungen als völkerrechtliche Verpflichtung von den Gerichten für Arbeitssachen bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen zu beachten.[8]

15.3 Praktische Fallbeispiele

Tatsächlich war aber wegen der unklaren Rechtslage lange umstritten, ob überhaupt von einem unionsweiten Streikrecht, das den EU-Grundfreiheiten entgegengehalten werden kann, auszugehen ist. Der EuGH hat in den beiden nachfolgend dargestellten Fällen zu den angesprochenen Problemen erstmals entschieden, dass das gewerkschaftliche Streikrecht zum EU-Primärrechts gehört.[9] Zugleich führte der

[3] vgl. Rebhahn a. a. O.; Jansen a. a. O.; Zachert a. a. O.; Kroeschell a. a. O.

[4] vgl. Laval un Partneri EuGH Slg. 2007, I-11767; Viking EuGH Slg. 2007, I-10779.

[5] vgl. Rebhahn, ZESAR 2008, 110, 111; Jansen NZA 2006, Beilage 2, 159; Zachert NZA 2006, Beilage 2, 61.

[6] vgl. Rebhahn a. a. O.; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 1 Rn. 59 sowie § 10 Rn. 8 u. 9–11; Knöfel EuZA 2008, 228.

[7] vgl. hierzu BAGE 104, 166.

[8] vgl. BAGE 46, 322, 348; 104, 166.

[9] vgl. Laval un Partneri EuGH Slg. 2007, I-11767; Viking EuGH Slg. 2007, I-10779.

EuGH aber aus, dass die nationalen Gewerkschaften bzw. ihre Verbände bei den Arbeitskampfmaßnahmen die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit sowie den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten haben.

15.3.1 Fall Laval un Partneri EuGH Slg. 2007, I-11767[10]

Die Firma Laval ist ein lettisches Unternehmen, welches Arbeitskräfte an ihre schwedische Tochtergesellschaft mit dem Namen Baltic verleiht. Baltic wiederum ist von der Stadt Vaxholm in Schweden mit Bauarbeiten beauftragt. Arbeitgeber der nach Schweden entsandten lettischen Bauarbeiter ist die Firma Laval geblieben. Auf die Arbeitsverhältnisse findet ein lettischer Tarifvertrag Anwendung. Die schwedische Bauarbeitergewerkschaft hat von Laval vor Arbeitsaufnahme den Abschluss des schwedischen Bautarifvertrages verlangt und nach einer Verweigerung durch Laval Arbeitskampfmaßnahmen ergriffen. Der zunächst nur von der Bauarbeitergewerkschaft geführte Arbeitskampf wurde durch andere Gewerkschaften insbesondere der schwedischen Elektrikergewerkschaft – unterstützt. Im Rahmen des Arbeitskampfes wurde die Baustelle von Laval blockiert. Laval hat die Arbeiten bereits nach kurzer Zeit eingestellt und ihre Tochtergesellschaft Baltic Insolvenz angemeldet.

Die schwedische Baugewerkschaft verwies auf das in Schweden existierende äußerst umfangreiche, in Gesetz und Verfassung verankerte Arbeitskampfrecht, wonach solche Arbeitskampfmaßnahmen ohne weiteres zulässig seien. Es gelte der Grundsatz der freien Wahl der für notwendig erachteten Arbeitskampfmaßnahmen, ohne dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt werden müsse. Zudem verwies die Baugewerkschaft darauf, dass die in Art. 3 Abs. 1 zweiter Gedankenstrich der Entsende-Richtlinie 96/71/EG genannten Tätigkeiten gerade Hoch- und Tiefbauarbeiten mit umfassen und hierfür in Tarifverträgen Mindestlöhne festgesetzt werden können. Laval erhebt gegen die Gewerkschaften Klage mit dem Antrag, die Blockade und die Solidaritätsmaßnahmen gegen sämtliche Baustellen für rechtswidrig zu erklären. Der schwedische Arbetsdomstol legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob es der Dienstleistungsfreiheit zuwider laufe, dass gewerkschaftliche Organisationen über eine kollektive Maßnahme versuchen, einen ausländischen Unternehmer zur Anwendung eines schwedischen Tarifvertrages zu zwingen.

Nach Auffassung des EuGH führe der Arbeitskampf trotz des in Art. 3 Abs. 1 der Entsende-Richtlinie RL 96/71/EG enthaltenen Ziels, Mindestarbeitsbedingungen zu sichern, und des in der schwedischen Verfassung verankerten Arbeitskampfrechts zu einer unverhältnismäßigen Verletzung der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV. Zwar können nach der Entsende-Richtlinie RL 96/71/EG Mitgliedsstaaten dem in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmer den innerstaatlich festgelegten Kern zwingender Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren. Dazu gehören insbesondere Regelungen über Höchstarbeitszeiten, Mindestruhezeiten,

[10] siehe auch NZA 2008, 159; EuZW 2008, 775; DB 2008, 71.

Mindesturlaub und Mindestlohnsätze. Dabei muss der Mitgliedsstaat die Mindestlohnsätze auf eine in Art. 3 Abs. 1 und 8 der Entsende-Richtlinie RL 96/71/EG vorgesehenen Weise bestimmen, was vorliegend nicht der Fall war, weil es sich bei den Tariflöhnen nicht um Mindestlöhne handelte und der Tarifvertrag auch nicht allgemeinverbindlich war.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Die Art. 49 EG und 50 EG (Dienstleistungsfreiheit) hindern einen Mitgliedstaat daran, einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Erbringer von Dienstleistungen zu verbieten, sich mit seinem gesamten Personal frei im Gebiet des erstgenannten Staates zu bewegen, um Bauarbeiten im Hoch- und Tiefbau durchzuführen. Auch durch die Auferlegung restriktiver Bedingungen wird der Leistungserbringer aus einem anderen Mitgliedstaat gegenüber seinen im Aufnahmestaat ansässigen Konkurrenten, die sich ihres eigenen Personals ungehindert bedienen können, diskriminiert und überdies seine Fähigkeit, die Leistung zu erbringen, beeinträchtigt. (Rn. 56)
2. Demgegenüber verwehrt es das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten nicht, ihre Rechtsvorschriften oder die von den Sozialpartnern geschlossenen Tarifverträge hinsichtlich der Mindestlöhne auf jedermann zu erstrecken, der einer nichtselbständigen Arbeit, sei es auch nur vorübergehend, in ihrem Hoheitsgebiet nachgeht, unabhängig davon, in welchem Staat der Arbeitgeber seine Niederlassung hat. Die Anwendung derartiger Vorschriften muss allerdings geeignet sein, die Erreichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, nämlich den Schutz der entsandten Arbeitnehmer, und darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist. (Rn. 57)
3. In diesem Zusammenhang hat der Gemeinschaftsgesetzgeber die Richtlinie 96/71 erlassen, um im Interesse der Arbeitgeber und ihres Personals die für das Arbeitsverhältnis geltenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen festzulegen, wenn ein in einem Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen im Rahmen der Erbringung einer Dienstleistung vorübergehend Arbeitnehmer in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats entsendet. (Rn. 58)
4. In Schweden überlassen es die staatlichen Stellen den Sozialpartnern, die Lohnsätze, die die inländischen Unternehmen ihren Arbeitnehmern zahlen müssen, im Wege von Tarifverhandlungen festzulegen. Ein derartiges System bedeutet für die Unternehmen der Baubranche, dass von Fall zu Fall am Arbeitsort unter Berücksichtigung der Qualifikation und der Aufgaben der betroffenen Arbeitnehmer verhandelt wird. (Rn. 69)
5. Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. c der Entsende-Richtlinie 96/71 bezieht sich hinsichtlich Lohnverpflichtungen nur auf Mindestlohnsätze. Daher kann diese Bestimmung nicht herangezogen werden, um eine Verpflichtung dieser Dienstleister zu rechtfertigen, Lohnsätze wie diejenigen, die die im Ausgangsverfahren beklagten gewerkschaftlichen Organisationen im Rahmen des schwedischen Systems auferlegen wollen, zu beachten, die keine Mindestlöhne sind und überdies nicht nach den hierfür in Art. 3 Abs. 1 und 8 der Richtlinie vorgesehenen Modalitäten festgelegt werden. (Rn. 70)

6. Ein Mitgliedstaat, in dem Mindestlohnsätze nicht auf eine in Art. 3 Abs. 1 und 8 der Richtlinie 96/71 vorgesehene Weise – also durch Tarifverhandlungen – bestimmt werden, ist nicht berechtigt, nach dieser Richtlinie den in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen im Rahmen einer länderübergreifenden Dienstleistungserbringung abzuverlangen, von Fall zu Fall am Arbeitsort unter Berücksichtigung der Qualifikation und der Aufgaben der betroffenen Arbeitnehmer Verhandlungen zu führen, damit diese Unternehmen Kenntnis von den Löhnen erhalten, die sie an ihre entsandten Arbeitnehmer werden zahlen müssen. (Rn. 71)
7. Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie 96/71 lässt sich nicht dahin auslegen, dass er es einem Aufnahmemitgliedstaat erlaubt, die Erbringung einer Dienstleistung in seinem Hoheitsgebiet davon abhängig zu machen, dass Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen eingehalten werden, die über die zwingenden Bestimmungen über ein Mindestmaß an Schutz hinausgehen. Folglich ist das Schutzniveau, das den entsandten Arbeitnehmern im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats garantiert werden muss, grundsätzlich auf Mindestlohn und Mindesturlaub beschränkt. (Rn. 80, 81)
8. Das Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme ist als Grundrecht anzuerkennen, das fester Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ist, deren Beachtung der Gerichtshof sicherstellt, doch kann seine Ausübung bestimmten Beschränkungen unterworfen werden. Denn wie in Art. 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union erneut bekräftigt wird, wird es nach dem Gemeinschaftsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten geschützt. (Rn. 91)
9. Das Recht auf Durchführung kollektiver Maßnahmen genießt in Schweden ebenso wie in anderen Mitgliedstaaten den Schutz der Verfassung. Dieses Recht, das die Blockade von Baustellen umfasst, darf aber nicht die unionsrechtlichen Grundfreiheiten verletzen. (Rn. 92)
10. Insgesamt ist festzustellen, dass das Recht der gewerkschaftlichen Organisationen eines Mitgliedstaats zur Durchführung kollektiver Maßnahmen, durch die sich in anderen Mitgliedstaaten ansässige Unternehmen gezwungen sehen können, dem Bautarifvertrag beizutreten, der weitergehende Rechte als die in der Richtlinie vorgesehen zum Gegenstand hat, geeignet ist, für diese Unternehmen die Durchführung von Bauarbeiten im schwedischen Hoheitsgebiet weniger attraktiv zu machen bzw. zu erschweren, und daher eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne von Art. 49 EG darstellt. (Rn. 99)

15.3.2 Fall Viking EuGH Slg. 2007, I-10779[11]

Viking ist ein Fährunternehmen mit Sitz in Finnland. Sie betreibt sieben Schiffe, darunter die Rosella, die unter finnischer Flagge auf dem Seeweg zwischen Tallinn

[11] siehe auch NZA 2008, 124; EuZW 2008, 246; BB 2008, 75.

und Helsinki verkehrt. Solange die Rosella unter finnischer Flagge fährt, ist Viking nach finnischem Arbeitsrecht verpflichtet, den geltenden Tarifvertrag einzuhalten, der der Besatzung Löhne nach finnischem Lohnniveau gewährt. Dagegen sind die Löhne estnischer Besatzungen nicht so hoch wie die der finnischen Besatzung. Die Rosella wurde in Folge der unmittelbaren Konkurrenz durch estnische Schiffe, die auf derselben Linie mit geringeren Lohnkosten verkehrt, mit Verlust betrieben. Statt das Schiff zu veräußern, plante Viking im Oktober 2003 es umzuflaggen und in Estland registrieren zu lassen, um einen neuen Tarifvertrag mit einer Gewerkschaft in Estland abschließen zu können.

Das Umflaggen würde für die auf dem Schiff Beschäftigten zu einem Wechsel von den günstigeren finnischen zu den schlechteren estnischen Arbeitsbedingungen führen. Viking unterrichtet gemäß dem finnischen Arbeitsrecht die zuständige Gewerkschaft der Seeleute (FSU), die sofort ihren heftigen Widerstand zum Ausdruck brachte. Nachdem Verhandlungen zwischen Viking und der FSU gescheitert waren, rief die FSU zum Streik auf, dem die Besatzung der Rosella folgte. Viking erhob beim dem nach den einschlägigen Vereinbarungen örtliche zuständigen High Court of Justice (England und Wales) Klage und beantragte festzustellen, dass die Maßnahmen der FSU gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen. Der Court of Appeal (England und Wales) legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die gegen ein privates Unternehmen gerichtete kollektive Maßnahme einer Gewerkschaft oder eines Gewerkschaftsverbandes, mit dem Ziel, einen bestimmten Tarifvertrag abzuschließen, aufgrund der Sozialpolitik der EG gerechtfertigt sei und nicht in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit falle.

Der EuGH führt zunächst aus, dass sowohl die Dienstleistungs- als auch die Niederlassungsfreiheit nicht nur vor Akten staatlicher Behörden, sondern auch vor unverhältnismäßigen kollektiven Maßnahmen durch Gewerkschaften schützt. Das Recht auf Umflaggen sei mit der Verlagerung eines Betriebes vergleichbar und falle daher in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV. Da auf der anderen Seite auch das Recht zur Durchführung einer kollektiven Maßnahme einschließlich des Streikrechts als Grundrecht anzuerkennen sei, muss im Einzelfall eine Rechtsgüterabwägung vorgenommen werden. Im vorliegenden Fall führt die kollektive Maßnahme der FSU dazu, dass Viking nicht in der Lage ist, von seinem Recht auf Niederlassungsfreiheit in Estland Gebrauch zu machen. Da die kollektive Maßnahme dazu führt, dass Viking nicht die Arbeitsbedingungen erreichen kann, die in Estland für andere Wirtschaftsteilnehmer gelten. Eine solche Einschränkung des Rechts auf Niederlassungsfreiheit ist nur dann gerechtfertigt, wenn zwingende Gründe des Allgemeininteresses, etwa des Arbeitnehmerschutzes, eine entsprechende Maßnahme gebieten und geeignet sind, dieses Ziel zu erreichen.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Die Grundfreiheiten gelten nicht nur für Akte der staatlichen Behörden, sondern erstrecken sich auch auf Regelwerke anderer Art, die die abhängige Erwerbstätigkeit, die selbständige Arbeit und die Erbringung von Dienstleistungen kollektiv regeln sollen. Da die Arbeitsbedingungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten teilweise durch Gesetze oder Verordnungen und teilweise

durch Tarifverträge und sonstige Maßnahmen geregelt sind, bestünde die Gefahr, dass eine Beschränkung der in den genannten Artikeln vorgesehenen Verbote auf Maßnahmen der öffentlichen Gewalt bei ihrer Anwendung zu Ungleichheiten führen würde. (Rn. 33, 34)

2. Der Umstand, dass Art. 137 EG (nunmehr § 153 Abs. 5 AEUV) weder für das Streikrecht noch für das Recht auf Aussperrung gilt, kann daher eine kollektive Maßnahme nicht von der Anwendung des Art. 43 EG (nunmehr Art. 49 AEUV) ausnehmen. Daher können die Grundfreiheiten auch gegenüber einer Gewerkschaft oder einem Gewerkschaftsverband geltend gemacht werden. (Rn. 40, 41, 61)
3. Die Niederlassungsfreiheit ist eines der Grundprinzipien der Gemeinschaft ist und die Bestimmungen des Vertrags, die diese Freiheit gewährleisten, seit dem Ablauf der Übergangszeit unmittelbar anwendbar sind. Diese Bestimmungen gewähren das Recht auf Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat nicht nur den Gemeinschaftsbürgern, sondern auch den in Art. 48 EG (nunmehr Art. 54 AEUV) definierten Gesellschaften. (Rn. 68)
4. Die Niederlassungsbegriff im Sinne der genannten Artikel des Vertrags umfasst die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit und dass die Registrierung eines Schiffes nicht von der Ausübung der Niederlassungsfreiheit losgelöst werden kann, wenn dieses Schiff ein Mittel zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit ist, die mit einer festen Einrichtung im Mitgliedstaat der Registrierung einhergeht. (Rn. 70)
5. Die kollektive Maßnahme hat zur Folge, dass es für Viking weniger attraktiv und sogar zwecklos ist, von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen, da die kollektive Maßnahme das Unternehmen und seine Tochtergesellschaft Viking Eesti daran hindert, im Aufnahmemitgliedstaat in den Genuss der gleichen Behandlung wie die anderen in diesem Staat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer zu kommen. (Rn. 72)
6. Eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit kann nur zulässig sein, wenn mit ihr ein berechtigtes und mit dem Vertrag zu vereinbarendes Ziel verfolgt wird und wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. In einem solchen Fall muss aber außerdem die Beschränkung geeignet sein, die Erreichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten, und darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist. (Rn. 75)
7. Das Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme, die den Schutz der Arbeitnehmer zum Ziel hat, stellt ein berechtigtes Interesse dar, das grundsätzlich eine Beschränkung einer der vom Vertrag gewährleisteten Grundfreiheiten rechtfertigen kann. (Rn. 77)
8. Da die Gemeinschaft nicht nur eine wirtschaftliche, sondern auch eine soziale Zielrichtung hat, müssen die sich aus den Grundfreiheiten ergebenden Rechte gegen die mit der Sozialpolitik verfolgten Ziele abgewogen werden, zu denen, wie aus Art. 136 Abs. 1 EG (nunmehr Art. 151 AEUV) hervorgeht, insbesondere die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, um dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen, ein angemessener sozialer Schutz und der soziale Dialog zählen. (Rn. 79)

9. Die von der Gewerkschaft durchgeführten kollektiven Maßnahmen dienten auf den ersten Blick dem Schutz der Arbeitsplätze und der Arbeitsbedingungen der Gewerkschaftsmitglieder, die vom Umflaggen der Rosella betroffen sein konnten. Allerdings ist dies dann nicht der Fall, wenn die fraglichen Arbeitsplätze oder Arbeitsbedingungen gar nicht gefährdet oder ernstlich bedroht waren. Das nationale Gericht wird daher zu prüfen haben, ob die von der Gewerkschaft betriebene kollektive Maßnahme geeignet ist, die Erreichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist. (Rn. 81, 84)
10. Daher stellen kollektive Maßnahmen, die darauf abzielen, ein Unternehmen, dessen Sitz in einem bestimmten Mitgliedstaat liegt, zu veranlassen, einen Tarifvertrag mit einer in diesem Staat ansässigen Gewerkschaft zu schließen und die Klauseln dieses Tarifvertrags auf Arbeitnehmer einer Tochtergesellschaft des genannten Unternehmens, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist, anzuwenden, Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit dar. Grundsätzlich können diese Beschränkungen durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses wie etwa den Arbeitnehmerschutz gerechtfertigt sein, vorausgesetzt, es ist erwiesen, dass sie geeignet sind, die Erreichung des verfolgten legitimen Ziels zu gewährleisten, und dass sie nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist. (Rn. 90)

15.4 Auswirkung auf die deutsche Rechtsordnung und die arbeitsrechtliche Praxis

Zunächst kann den Urteilen Laval und Viking wie ausgeführt entnommen werden, dass der EuGH das gewerkschaftliche Streikrecht als Teil des EU-Primärrechts ansieht.[12] Gleichwohl hatte die Feststellung des EuGH, dass das Streikrecht als kollektivrechtliche Maßnahme fester Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts sei, keine unmittelbar positiven Auswirkungen für die beteiligten Gewerkschaften, da in beiden Fällen die Dienstleistungs- bzw. Niederlassungsfreiheit als im konkreten Fall höherrangig angesehen wurde.[13]

Insbesondere die vom EuGH geforderte Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dürfte den Gepflogenheiten einzelner Mitgliedsstaaten widersprechen, wonach das Streikrecht nur unter engen Voraussetzungen einschränkbar ist.[14] So gibt es in Schweden ein äußerst umfangreiches und in der Verfassung verankertes Arbeitskampfrecht. Dieses beinhaltet den Grundsatz der freien Wahl der für

[12] vgl. Rebhahn ZESAR 2008, 110; ders. NZA 2001, 768; de Beauregard NZA-RR 2010, 456.

[13] siehe hierzu de Beauregard NZA 2010, 456; Rebhahn a. a. O.; Le Friant NZA 2006, Beilage 2, 75 ff.

[14] vgl. Kroeschell NZA 2009, 1005, 1006; Rebhahn a. a. O.; Knöfel EuZA 2008, 228; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 10 Rn. 6–8; ferner Jansen NZA 2006, Beilage 2, 59; Zachert NZA 2006, Beilage 2, 61.

notwendig erachteten Arbeitskampfmaßnahmen, ohne dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt werden muss.[15] Zwar geht auch die Rechtsprechung in Deutschland wie der EuGH davon aus, dass Arbeitskämpfe verhältnismäßig sein müssen.[16] Allerdings steht der den Arbeitskampf führenden Koalition eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit des Streiks zu.[17] Die Bewertung einer Arbeitskampfmaßnahme durch die Gerichte für Arbeitssachen als rechtswidrig kommt daher nur in Ausnahmefällen dann in Betracht, wenn die Maßnahme offensichtlich ungeeignet oder unverhältnismäßig ist.[18]

Da in Deutschland kein geschriebenes Arbeitskampfrecht besteht[19], haben die vorgenannten Entscheidungen keine unmittelbaren Auswirkungen auf die deutsche Rechtsordnung. Gleichwohl wird das BVerfG und das BAG bei künftigen Entscheidungen die dargestellte EuGH-Rechtsprechung berücksichtigen müssen. Sofern ein Arbeitskampf in Deutschland den grenzüberschreitenden Arbeitnehmereinsatz von EU-Unternehmen betrifft, müssen deutsche Gerichte auch die EU-Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit und die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit berücksichtigen.[20]

---

[15] vgl. Kroeschell NZA 2009, 1006.

[16] vgl. BVerfG NZA 2004, 1338; BAG NZA 2007, 1055, 1058.

[17] vgl. BVerfG a. a. O.; BAG a. a. O.

[18] vgl. BVerfG a. a. O.; BAG a. a. O.; ferner Reichold NZA 2004, 247; de Beauregard NZA-RR 2003, 617.

[19] Der Arbeitskampf wird nach der Rechtsprechung des BVerfG und des BAG durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt, vgl. BVerfG NZA 2004, 1398; BVerfG NZA 2007, 394; BAG NZA 2007, 1055; Das Grundrecht schützt zum einen den Einzelnen in seiner Freiheit, eine Vereinigung (Koalition) zur Wahrung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu gründen, ihr beizutreten oder ihr fernzubleiben. Zum anderen wird auch die Koalition selbst in ihrem Bestand, ihren organisatorischen Ausgestaltungen und ihren Betätigungen geschützt, sofern diese der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen, vgl. BVerfG NZA 2007, 394; Der Schutz der Koalitionsfreiheit umfasst alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen, insbesondere die Tarifautonomie und die damit einhergehenden Arbeitskampfmaßnahmen, vgl. BVerfG NZA 1991, 809; BAG NZA 2007, 1055.

[20] vgl. Rebhahn ZESAR 2008, 109; Zachert NZA 2006, Beilage 2, 61; Jansen NZA 2006, Beilage 2, 59; de Beauregard a. a. O.

16 Europäischer Betriebsrat/ Information und Konsultation von Arbeitnehmervertretern/Nachweis von Arbeitsbedingungen

►
- Richtlinie 2009/38/EG (RL Europäischer Betriebsrat)[1] (siehe Abb. 16.1)
- Richtlinie 2002/14/EG (Unterrichtungs- und Anhörungs-Richtlinie)[2] (siehe Abb. 16.2)
- Richtlinie 91/533/EWG (Nachweis-Richtlinie)[3] (siehe Abb. 11.2)

Das in Art. 151 AEUV vorgegebene sozialpolitische Ziel einer Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen erfordert, dass sich die Union auch mit Fragen der Arbeitnehmervertretung, insbesondere der betrieblichen und unternehmerischen Mitbestimmung befassen muss.

16.1 Primärrechtliche Regelungen nach Art. 153, 151 AEUV

Daher unterstützt die Union nach Art. 153 Abs. 1 f. AEUV die Tätigkeit der Mitgliedsstaaten auch auf dem Gebiet der Vertretung und kollektiven Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen, einschließlich der Mitbestimmung. Diese Kompetenzen wurden der Union allerdings unter dem Vorbehalt von Art. 153 Abs. 5 AEUV übertragen, wonach auf europäischer Ebene keine Regelung zum Koalitionsrecht und zum Recht von Streik und Aussperrung betroffen werden. Insoweit hat die Union für die Bereiche der kollektiven Wahrnehmung von Arbeitnehmerinteressen einschließlich der Mitbestimmung nach § 153 Abs. 1 f., Abs. 2 AEUV nur nachgeordnete Rechtssetzungskompetenzen, die auf Anhörungs- und Unterrichtungspflichten bzw. Regelungen für unionsweit operierende Unternehmen beschränkt sind.

[1] ABl. Nr. L 122 S. 28.

[2] ABl. Nr. L 80 S. 29.

[3] ABl. Nr. L 288 S. 32.

P. Hantel, *Europäisches Arbeitsrecht,* Springer-Lehrbuch,
DOI 10.1007/978-3-662-46894-4_16

Den EU-rechtlichen Regelungen der Arbeitnehmermitwirkung liegt dabei die Erkenntnis zu Grunde, dass sich die Systeme des Zusammenwirkens zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern und die damit einhergehenden rechtlichen Regelungen in den Mitgliedsstaaten höchst unterschiedlich entwickelt haben.[4] Auf Grundlage des Territorialprinzips haben sich daher völlig unterschiedliche Systeme des betrieblichen Zusammenwirkens, sei es kooperativ oder konfrontativ, entwickelt.[5] So gibt es unterschiedliche Modelle im Bereich der betrieblichen Mitbestimmung und der Unternehmensmitbestimmung.[6] Nicht alle Mitgliedsstaaten sehen überhaupt eine Mitbestimmung vor. Zudem variiert der Anteil der Arbeitnehmervertreter bei der Unternehmensmitbestimmung zwischen Drittelbeteiligung und quasi paritätischer Beteiligung.[7] Vergleichbare Unterschiede bestehen im Bereich der betrieblichen Mitbestimmung.[8] Daher bestand die Notwendigkeit, auf EU-Ebene einheitliche Grundstandards bei der Arbeitnehmermitbestimmung im Interesse einheitlicher Arbeits- und Lebensbedingungen entsprechend Art. 153, 151 AEUV zu schaffen.[9]

Die EU-Instanzen haben die Richtlinie über den Europäischen Betriebsrat 2009/38/EG und die Unterrichtungs- und Anhörungs-Richtlinie 2002/14/EG verabschiedet.[10] Darüber hinaus ergeben sich Informations- und Anhörungspflichten aus EU-Richtlinien, die spezielle arbeitsrechtliche Themen behandeln, wie z. B. nach Art. 7 RL 2001/23/EG (Betriebsübergangs-Richtlinie) bzw. Art. 2 RL 98/59/EG (Massenentlassungs-Richtlinie). Schließlich ist in diesem Zusammenhang auch die individualrechtliche Verpflichtung zum Nachweis der wesentlichen Arbeitsbedingungen nach der Nachweis-Richtlinie 91/533/EWG zu nennen.

16.2 Richtlinie Europäischer Betriebsrat 2009/38/EG (Beteiligung auf transnationaler Ebene)

Nach der Richtlinie 2009/38 (Europäischer Betriebsrat) kann in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen ein europäischer Betriebsrat gebildet werden.[11] Voraussetzung ist, dass das Unternehmen in der EU mindestens 1000 Arbeitnehmer und zugleich jeweils mindestens 150 Arbeitnehmer in zwei Mitgliedsstaaten beschäftigt. Nach der vorgenannten Richtlinie ist zum einen die Bildung eines europäischen Betriebsrates, zum anderen aber auch die Einrichtung

[4] vgl. Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 26 Rn. 3; Mayer BB 1999, 842, 846.
[5] vgl. Riesenhuber a. a. O.; Mayer a. a. O.
[6] vgl. Rebhahn NZA 2001, 763; Weiss NZA 2003, 177; Rebhahn a. a. O. Rn. 3
[7] vgl. Rebhahn a. a. O.; Riesenhuber a. a. O.
[8] vgl. Junker NZA 2001, 131; Körner NZA 2001, 429; Weiss a. a. O.; Rebhahn a. a. O.
[9] vgl. Junker a. a. O.; ders. ZFA 2001, 225; Riesenhuber a. a. O.; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 10 Rn. 20–24.
[10] Auf die Vereinbarkeit mit Art. 153 Abs. 5 AEUV soll in diesem Zusammenhang nicht weiter eingegangen werden; vgl. hierzu u. a. Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 10 Rn. 1–5.
[11] vgl. hierzu Pulte NZA-RR 2008, 121; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 10 Rn. 20–26.

eines dezentralen Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer vorgesehen. Wichtig ist hierbei zu beachten, dass dem europäischen Betriebsrat kein Mitbestimmungs- sondern lediglich ein Unterrichtungs- und Anhörungsrecht zusteht. So ist nach Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2009/38/EG nicht die Mitbestimmung, sondern nur das Recht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen das Ziel der Richtlinie.

16.3 Unterrichtungs- und Anhörungsrichtlinie 2002/14/EG (Beteiligung auf nationaler Ebene)

Die Richtlinie über den Europäischen Betriebsrat soll wie dargestellt eine Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer und ihrer Vertreter auf transnationaler Ebene ermöglichen. Mit der Richtlinie 2002/14/EG wurden dagegen erstmals europarechtliche Regelungen für die Mitwirkung der Arbeitnehmer auf nationaler Ebene geschaffen.[12] Daher gilt die Richtlinie nach Art. 3 für alle Unternehmen mit mindestens 50 Arbeitnehmern oder für alle Betriebe mit mindestens 20 Arbeitnehmern in einem Mitgliedsstaat. Den Kern der Regelungen bilden Unterrichtungs- und Anhörungsrechte entsprechend Art. 4 Abs. 2. Danach sind Arbeitgeber verpflichtet, die jüngste Entwicklung und die wahrscheinliche Weiterentwicklung der Tätigkeit und die wirtschaftliche Situation des Unternehmens den Arbeitnehmervertretern mitzuteilen. Zu der Unterrichtungspflicht gehören die Beschäftigungssituation, die Beschäftigungsstruktur und die wahrscheinliche Beschäftigungsentwicklung im Unternehmen/Betrieb sowie geplante antizipierte Maßnahmen, insbesondere bei der Bedrohung für die Beschäftigung. Insoweit gehören auch Entscheidungen, die wesentliche Veränderungen der Arbeitsorganisation oder der Arbeitsverträge mit sich bringen können, einschließlich Massenentlassungen und Betriebsübergänge, zur Unterrichtungspflicht.

Hintergrund der Richtlinie war die Schließung eines Renault-Werkes in Belgien. Der Geschäftsführer von Renault teilte dem örtlichen Betriebsrat und zugleich der Wirtschaftspresse mit, dass der französische Mutterkonzern aus wirtschaftlichen Gründen das Werk in Belgien schließen werde. Das Vorgehen des Renault-Konzerns löste in der Öffentlichkeit und auch bei der EU-Kommission Empörung aus. Es kam zudem zu wilden Streikaktionen. Vor diesem Hintergrund wurde die oben genannte Richtlinie verabschiedet.[13]

16.4 Informations-, Anhörungs- und Beratungspflichten in Einzelrichtlinien

Daneben existieren in zahlreichen Einzelrichtlinien Informations-, Anhörungs- und Beratungspflichten der Arbeitnehmervertretungen, so u. a. in Art. 5 Nr. 3 e der Richtlinie 97/81/EG (Teilzeit-Richtlinie), in Art. 7 der Richtlinie 1999/70/EG

[12] vgl. Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, S. 316; Riesenhuber a. a. O. § 27 Rn. 1–4.

[13] vgl. Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 10 Rn. 68; ferner Schiek a. a. O., S. 316.

(Befristungs-Richtlinie), in Art. 2 der EU-Richtlinie 98/59/EG (Massenentlassungs-Richtlinie) sowie in Art. 7 der EU-Richtlinie 2001/23/EG (Betriebsübergangs-Richtlinie). Aus den Unterrichtungs- und Beratungsrechten der Arbeitnehmervertreter gem. Art. 7 der Betriebsübergangs-Richtlinie hat der EuGH eine Pflicht zur Einrichtung von Arbeitnehmervertretungen abgeleitet. Der britische Gesetzgeber wurde durch dieses Urteil gezwungen, das nach britischem Recht bislang geltende System der Arbeitnehmerinteressenvertretung zu ändern.[14]

Eher individualrechtliche Pflichten enthält die sog. Nachweis-Richtlinie 91/533/EWG[15]. Die Richtlinie enthält in Art. 2 und 4 u. a. die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen. Dem Arbeitnehmer ist ein Schriftstück zur Verfügung zu stellen, aus dem er die wesentlichen Punkte des Arbeitsvertrages ersehen kann. Das Erfordernis dieser Richtlinie ergab sich insbesondere deshalb, weil in vielen Mitgliedsstaaten ein Arbeitsvertrag auch mündlich geschlossen werden kann.[16] Zu den wesentlichen Punkten des Arbeitsverhältnisses gehören die genaue Bezeichnung der Vertragsparteien, der Arbeitsort bzw. der Arbeitsplatz, die Amtsbezeichnung, der Zeitpunkt des Beginns des Arbeitsverhältnisses und bei einer Befristung die vorhersehbare Dauer des Vertrages, die Dauer des Jahresurlaubs, die Kündigungsfrist, der Grundbetrag des Arbeitsentgeltes, die Tags- und Wochenarbeitszeit sowie ggf. die Anwendung von Tarifverträgen oder sonstiger kollektiver Vereinbarungen. Nach Art. 6 der Richtlinie 91/533/EWG werden hierdurch allerdings nicht die einzelvertraglichen Vorschriften über die Form und Wirksamkeit von Arbeitsverträgen berührt. Die Verpflichtung zum Nachweis aufgrund der vorgenannten Richtlinie hat somit nur deklaratorische Bedeutung.[17]

16.5 Praktische Fallbeispiele

In der Rechtsprechung umstritten sind insbesondere Rechtsfragen zur Reichweite des Auskunftsanspruchs im Zusammenhang mit der Bildung oder Tätigkeit eines europäischen Betriebsrates.[18] Sodann ist Streitgegenstand einer weiteren Entscheidung die individualrechtliche – insbesondere beweisrechtliche – Folge bei einem nicht ausreichenden Nachweis von Arbeitsbedingungen.[19]

[14] vgl. Kommission/Vereinigtes Königreich EuGH Slg. 1994, I-2435; ferner Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 5 Rn. 72.

[15] Obwohl es sich schwerpunktmäßig um individualrechtliche und nicht kollektivrechtliche Regelungen handelt, soll die Nachweis-Richtlinie aus inhaltlichen Gründen in diesem kollektivrechtlichen Kapitel mit behandelt werden.

[16] vgl. hierzu Birk NZA 1996, 281; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 8 Rn. 1, 2.

[17] vgl. u. a. Lange EuGH Slg. 2001, I-1061; ferner Thüsing a. a. O., Rn. 15.

[18] vgl. Bofrost EuGH NZA 2001, S. 506; Kühne und Nagel EuGH, Slg. 2004, I−787.

[19] vgl. Kampelmann EuGH Slg. 1997, I-6907.

16.5.1 Fall Bofrost EuGH Slg. 2001, I-2579[20]

Der Betriebsrat der Bofrost Josef H. Boquoi Deutschland West GmbH & Co. KG verlangt von der GmbH mit Sitz in Deutschland Auskunft über Mitarbeiterzahlen und die Struktur des Unternehmens der Bofrost-Unternehmensgruppe im EU-Raum. Die Auskunft war erforderlich, um die Errichtung eines Europäischen Betriebsrates vorzubereiten. Die GmbH verweigerte die Auskünfte, da völlig unklar sei, ob ein herrschendes Unternehmen innerhalb der Unternehmensgruppe besteht. Zudem berief sich die GmbH darauf, dass die Auskünfte vertraulich seien. Das deutsche Arbeitsgericht legte dem EuGH die Frage vor, ob sich der aus Art. 11 der Richtlinie 94/85/EG (nunmehr RL 2009/38/EG) ergebende Auskunftsanspruch auch gegenüber einem Unternehmen bestehe, wenn noch nicht klar sei, ob überhaupt ein herrschendes Unternehmen vorliege.

Der EuGH ging in seiner Entscheidung davon aus, dass eine Verpflichtung zur Auskunftserteilung an die Organe der internen Arbeitnehmervertretung auch dann bestehe, wenn noch nicht feststeht, ob es sich bei der Unternehmensleitung, an die sich der Arbeitnehmer wende, um die Leitung eines innerhalb der Unternehmensgruppe herrschenden Unternehmens handelt. Nach Ansicht des EuGH ist es unter Beachtung des Grundsatzes der praktischen Wirksamkeit zur Verwirklichung des Ziels der Richtlinie, das Recht der Arbeitnehmer auf Unterrichtung und Anhörung zu stärken, unerlässlich, den Arbeitnehmervertretern Zugang zu jenen Informationen zu verschaffen, die zur Einrichtung eines europäischen Betriebsrates oder zur Schaffung eines Unterrichtungs- und Anhörungsverfahrens benötig werden.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Nach dem System der Richtlinie 94/45/EG (nunmehr RL 2009/38/EG) wird die länderübergreifende Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer im Wesentlichen durch ein System von Verhandlungen zwischen der zentralen Leitung i. S. von Art. 2 Abs. 1 lit. e Richtlinie 94/45/EG (nunmehr RL 2009/38/EG) und den Arbeitnehmervertretern gewährleistet. (Rn. 29)
2. Art. 11 Abs. 1 Richtlinie 94/45/EG (nunmehr RL 2009/38/EG) bestimmt, dass die Leitung der Betriebe eines gemeinschaftsweit operierenden Unternehmens und die Leitung eines Unternehmens, das Mitglied einer gemeinschaftsweit operierenden Unternehmensgruppe ist, den in der Richtlinie festgelegten Verpflichtungen nachkommen. Wie sich schon aus dem Wortlaut der Bestimmung ergibt, besteht diese Verpflichtung auf Arbeitgeberseite nicht nur für die zentrale Leitung i. S. von Art. 2 Abs. 1 lit. e Richtlinie. (Rn. 30, 31)
3. Aus Gründen der praktischen Wirksamkeit der Richtlinie ist es unerlässlich, den betroffenen Arbeitnehmern Zugang zu den Informationen zu verschaffen, aufgrund deren sie feststellen können, ob sie einen Anspruch auf Aufnahme von Verhandlungen zwischen der zentralen Leitung – wenn eine solche besteht – und ihren eigenen Vertreten haben. (Rn. 32)

[20] siehe auch NZA 2001, 506; EuZW 2001, 275; BB 2001, 2219.

4. Ein derartiges Recht auf Unterrichtung stellt nämlich eine notwendige Voraussetzung für die Feststellung des Bestehens eines gemeinschaftsweit operierenden Unternehmens oder einer gemeinschaftsweit operierenden Unternehmensgruppe dar, das seinerseits Voraussetzung für die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrates oder für ein länderübergreifendes Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer ist. (Rn. 33)
5. Das Ziel der Richtlinie 94/45/EG (nunmehr RL 2009/38/EG) verlangt, dass die in ihr vorgesehenen Pflichten so erfüllt werden, dass die betroffenen Arbeitnehmer oder ihre Vertreter Zugang zu den Informationen erhalten, aufgrund deren sie beurteilen können, ob sie einen Anspruch auf Aufnahme von Verhandlungen haben und ggf. ihren entsprechenden Antrag korrekt formulieren können. (Rn. 38)
6. Folglich hat, wenn die Daten über die Struktur oder die Organisation einer Unternehmensgruppe zu den Informationen gehören, die zur Aufnahme von Verhandlungen zur Einrichtung eines Europäischen Betriebsrates oder zur Schaffung eines Verfahrens zur länderübergreifenden Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer unerlässlich sind, ein Unternehmen dieser Unternehmensgruppe diese Daten, soweit es über sie verfügt oder sie sich beschaffen kann, den Organen der internen Arbeitnehmervertretung auf Antrag zur Verfügung zu stellen. (Rn. 39)

16.5.2 Fall Kühne und Nagel EuGH Slg. 2004, I-787[21]

Das Speditionsunternehmen Kühne und Nagel mit Sitz in Deutschland gehört zu einer gemeinschaftsweit tätigen Unternehmensgruppe, deren herrschendes Unternehmen seinen Sitz in der Schweiz hatte. Ein europäischer Betriebsrat bestand nicht. Der Gesamtbetriebsrat von Kühne und Nagel wollte die Einsetzung eines europäischen Betriebsrates vorbereiten und verlangte zu diesem Zweck von dem Unternehmen Auskünfte über die durchschnittliche Gesamtzahl der Arbeitnehmer und ihre Verteilung auf die Mitgliedsstaaten, die Unternehmen und Betriebe sowie über die Struktur des Unternehmens oder der Unternehmensgruppe und bat ferner um Mitteilung der Bezeichnung und Anschriften der Arbeitnehmervertreter in den jeweiligen Mitgliedsstaaten. Kühne und Nagel erklärte sich unter Hinweis auf den zentralen Sitz in der Schweiz außer Stande, die Auskünfte zu erteilen. Die deutsche Gesellschaft verfüge nicht über die erforderlichen Informationen. Zudem unterliege die Schweiz nicht dem EU-Gemeinschaftsrecht, so dass unter diesem Hinweis die Auskunft verweigert wurde. Der Gesamtbetriebsrat wies darauf hin, dass sich die benötigten Auskünfte nur auf die Einleitung eines Wahlverfahrens nach der Richtlinie beziehen. Gefordert werden daher nur Informationen von Unternehmen in Mitgliedsstaaten. Das deutsche Arbeitsgericht legte dem EuGH die Frage vor, ob nach der Richtlinie Europäischer Betriebsrat die außerhalb der EU befindliche Leitungsebene einer Unter-

[21] siehe auch NZA 2004, 160; BB 2004, 441; DB 2004, 605.

nehmensgruppe verpflichtet ist, ihren in der Gemeinschaft ansässigen Unternehmen die für die Wahl zum Europäischen Betriebsrat erforderlichen Auskünfte zu erteilen.

Der EuGH hat in seiner Entscheidung klargestellt, dass beim Fehlen einer zentralen Leitung eines gemeinschaftsweit tätigen Unternehmens den Arbeitnehmervertretungen trotzdem Auskunft zu erteilen sei. Die Auskunft bezieht sich auf die durchschnittliche Gesamtzahl der Arbeitnehmer und ihre Verteilung auf die Mitgliedsstaaten, die Unternehmen und die Betriebe sowie auf die Struktur des Unternehmens oder die Unternehmensgruppe. Wenn eine zentrale Leitung außerhalb der EU die Auskünfte nicht erteile, so müsse von einer fingierten zentralen Leitung ausgegangen werden. Diese zentrale Leitung besteht im Betrieb des Unternehmens oder dem Unternehmen der Unternehmensgruppe, in dem in der EU die meisten Arbeitnehmer beschäftigt seien.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Nach Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 94/45/EG (nunmehr RL 2009/38/EG) soll sichergestellt werden, dass die Arbeitnehmer gemeinschaftsweit operierender Unternehmen oder Unternehmensgruppen angemessen informiert und konsultiert werden, wenn Entscheidungen, die sich auf sie auswirken, in einem anderen Mitgliedstaat getroffen werden als dem, in dem sie beschäftigt sind. (Rn. 39)
2. Nach dem System der Richtlinie wird die länderübergreifende Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer im Wesentlichen durch ein System von Verhandlungen zwischen der zentralen Leitung und den Arbeitnehmervertretern gewährleistet. (Rn. 40)
3. Im Hinblick darauf wird in allen gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen auf Antrag gemäß dem Verfahren nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie ein Europäischer Betriebsrat eingerichtet oder ein Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer geschaffen. (Rn. 41)
4. Es ist aus Gründen der praktischen Wirksamkeit der Richtlinie unerlässlich, den betroffenen Arbeitnehmern Zugang zu den Informationen zu verschaffen, aufgrund deren sie feststellen können, ob sie einen Anspruch auf Aufnahme von Verhandlungen zwischen der zentralen Leitung und ihren eigenen Vertretern haben, denn ein derartiges Recht auf Unterrichtung stellt eine notwendige Voraussetzung für die Feststellung des Bestehens eines gemeinschaftsweit operierenden Unternehmens oder einer gemeinschaftsweit operierenden Unternehmensgruppe dar, das seinerseits Voraussetzung für die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder für ein Verfahren zur länderübergreifenden Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer ist. (Rn. 46)
5. Sofern die Daten über die Struktur oder die Organisation einer Unternehmensgruppe zu den Informationen gehören, die zur Aufnahme der Verhandlungen zur Einrichtung eines Europäischen Betriebsrats unerlässlich sind, hat jedes Unternehmen dieser Unternehmensgruppe die betreffenden Daten, soweit es über sie verfügt oder sie sich beschaffen kann, den Organen der internen Arbeitnehmervertretung auf Antrag zur Verfügung zu stellen. (Rn. 47)

6. Befindet sich die zentrale Leitung außerhalb der Gemeinschaft, so ist an ihrer Stelle gemäß Art. 4 Abs. 2 Unter Abs. 1 der Richtlinie ihr - ggf. zu benennender - Vertreter in der Gemeinschaft verantwortlich. In Ermangelung eines solchen Vertreters ist nach Art. 4 Abs. 2 UnterAbs. 2 die Leitung des Betriebes oder des zur Unternehmensgruppe gehörenden Unternehmens mit der höchsten Anzahl von Beschäftigten in einem Mitgliedstaat, d. h. die fingierte zentrale Leitung, verantwortlich. (Rn. 50)
7. Zur Schaffung der für die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats erforderlichen Voraussetzungen und zur Bereitstellung der hierfür notwendigen Mittel umfasst die Verantwortlichkeit der zentralen Leitung oder der fingierten zentralen Leitung die Verpflichtung, den Arbeitnehmervertretern die Auskünfte zu erteilen, die zur Aufnahme der Verhandlungen zur Einrichtung eines solchen Organs unerlässlich sind. (Rn. 51)
8. Folglich besteht ein Anspruch auf Auskunft über die durchschnittliche Gesamtzahl der Arbeitnehmer, deren Verteilung auf die verschiedenen Mitgliedstaaten, die Betriebe des Unternehmens und die Unternehmen der Gruppe sowie die Struktur des Unternehmens und der Unternehmen der Gruppe wie auch über die Bezeichnungen und Anschriften der Arbeitnehmervertretungen, die gegebenenfalls an der Bildung eines besonderen Verhandlungsgremiums nach Art. 5 der Richtlinie oder an der Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats zu beteiligen sind, soweit diese Auskünfte zur Aufnahme der Verhandlungen zur Einrichtung eines Europäischen Betriebsrats unerlässlich sind. (Rn. 70)

16.5.3 Fall Kampelmann EuGH Slg. 1997, I-6907[22]

Der Landschaftsplaner K wurde von seinem Arbeitgeber, dem Landschaftsverband Westfalen-Lippe, schriftlich über seine Vergütungs- und Fallgruppe unterrichtet. Auf das Arbeitsverhältnis fand der BAT einschließlich seiner Eingruppierungsregelungen Anwendung. Einige Jahre später begehrte K eine Höhergruppierung, was vom Landschaftsverband mit der Begründung abgelehnt wurde, dass die ursprünglich mitgeteilte Bewertung unzureichend und die ausgeübte Tätigkeit in Wirklichkeit einer niederen Fallgruppe entspreche, so dass nach dem BAT eine Höhergruppierung nicht in Betracht käme. K erhob vor dem Arbeitsgericht Eingruppierungsfeststellungsklage, die mit der Begründung abgewiesen wurde, K habe nicht dargetan, dass er tatsächlich die Voraussetzungen für die ihm ursprünglich mitgeteilte Vergütungs- und Fallgruppen erfülle. Die bisherige Eingruppierung und Bezahlung sei hierfür ohne Bedeutung. Auf die Berufung des Klägers legte das LAG Hamm dem EuGH die Frage vor, ob hier die Richtlinie 91/533/EWG (Nachweis-Richtlinie) zu einer Beweiserleichterung führe. Eine solche Beweiserleichterung müsse dazu führen, dass der Arbeitgeber dartun müsse, dass die schriftlich mitgeteilte ursprüngliche Eingruppierung unzutreffend gewesen sei. Sofern dieser Beweis nicht erbracht werde, brauche der Arbeitnehmer nach dieser Auffassung nicht mehr darzutun, dass seine Tätigkeit tatsächlich der ihm ursprünglich mitgeteilten Vergütungsgruppe- und Fallgruppe entspreche.

[22] siehe auch NZA 1998, 137; EuZW 1998, 88; DB 1997, 2617.

Hintergrund der Vorlagefrage sind die von der Rechtsprechung in Deutschland zu Eingruppierungsfragen entwickelten Grundsätze der dem Arbeitnehmer obliegenden Darlegungs- und Beweislast.[23] Danach ist es Sache der Arbeitnehmer, nachvollziehbar im Einzelnen darzulegen und zu beweisen, dass ihre Tätigkeit den tatbestandlichen Anforderungen der Vergütungs- und Fallgruppe entspricht. Hierzu gehört auch, dass der klagende Arbeitnehmer die Berechtigung seiner bisherigen Eingruppierung darlegen muss. Der Mitteilung durch den öffentlichen Arbeitgeber kommt in der Regel nur deklaratorische und keine konstitutive Wirkung zu, so dass der Erfolg von Eingruppierungsklagen im öffentlichen Dienst in aller Regel an den genannten hohen Anforderungen scheitert.

Nach Auffassung des EuGH lasse der hier einschlägige Art. 6 der Nachweis-Richtlinie die einzelnen mitgliedsstaatlichen Rechtsvorschriften für Form, Inhalt und den Nachweis des Inhalts von Arbeitsverträgen unberührt. Damit betrifft die Nachweis-Richtlinie auch keine nationalen Beweislastregelungen. Allerdings seien die nationalen Gerichte verpflichtet, diese Beweislastregeln im Lichte des Zwecks der Richtlinie anzuwenden und auszulegen, so dass der dem Arbeitnehmer gegebenen Mitteilung für die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses eine starke Vermutung der Richtigkeit zukomme.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Nach Art. 6 der Nachweis-Richtlinie werden die nationalen Beweislastregeln als solche durch die Richtlinie nicht berührt. Zur Erreichung der in der zweiten Begründungserwägung der Richtlinie genannten Ziele ist der Arbeitgeber jedoch gemäß Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie verpflichtet, den Arbeitnehmer über die in Art. 2 Abs. 2 aufgeführten wesentlichen Punkte des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses in Kenntnis zu setzen. (Rn. 30, 31)
2. Diese Ziele würden jedoch nicht erreicht, wenn der Arbeitnehmer nicht die Möglichkeit hätte, die in der Mitteilung nach Art. 2 Abs. 1 enthaltenen Informationen vor den nationalen Gerichten, insbesondere in einem Rechtsstreit über die wesentlichen Punkte des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses, zu Beweiszwecken zu verwenden. (Rn. 32)
3. Die nationalen Gerichte haben daher die nationalen Beweislastregeln im Lichte des Zweckes der Richtlinie anzuwenden und auszulegen, indem sie der Mitteilung nach Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie Beweiskraft in dem Sinne beimessen, dass sie als Nachweis der tatsächlich bestehenden wesentlichen Punkte des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses angesehen werden kann und demgemäß für sie eine ebenso starke Vermutung der Richtigkeit spricht, wie sie nach innerstaatlichem Recht einem solchen vom Arbeitgeber ausgestellten und dem Arbeitnehmer übermittelten Dokument zukommen würde. (Rn. 33)
4. Da die Richtlinie keine Beweisregelung enthält, kann für den Nachweis der wesentlichen Punkte des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses nicht ausschließlich auf die Mitteilung des Arbeitgebers nach Art. 2 Abs. 1 der

[23] vgl. BAGE 31, 26; 34, 138; BAG NZA 1994, 515.

Richtlinie abgestellt werden. Der Beweis des Gegenteils durch den Arbeitgeber ist daher zulässig und kann von diesem geführt werden, indem er nachweist, dass die in der Mitteilung enthaltenen Informationen als solche falsch sind oder dass sie durch die Tatsachen widerlegt worden sind. (Rn. 34)

16.6 Auswirkung auf die deutsche Rechtsordnung und die arbeitsrechtliche Praxis

Die Richtlinie 2009/38/EG wurde in Deutschland durch das Gesetz über die Europäischen Betriebsräte (EBRG) umgesetzt.[24] Nach § 1 Abs. 1 EBRG werden zur Stärkung des Rechts auf grenzübergreifende Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit tätigen Unternehmen und Unternehmensgruppen europäische Betriebsräte oder Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer vereinbart. Ein Unternehmen ist gemeinschaftsweit tätig, wenn es mindestens 1000 Arbeitnehmer in den Mitgliedsstaaten und davon mindestens 150 Arbeitnehmer in mindestens zwei Mitgliedsstaaten beschäftigt, § 3 Abs. 1 EBRG. Die Einzelheiten über die Berechnung der vorgenannten Arbeitnehmerzahlen sind in § 4 EBRG geregelt.

Wenig Bedeutung für die deutsche Rechtsordnung hat dagegen die Richtlinie 2002/14/EG. In Deutschland besteht traditionell schon seit langem ein betriebliches Mitbestimmungsrecht[25], so dass die Unterrichtungs- und Anhörungs-Richtlinie für die betriebliche Praxis in Deutschland keine Auswirkungen hatte.

16.6.1 Reichweite des EU-rechtlichen Auskunftsanspruchs

In der Praxis besteht, wie aus den Entscheidungen deutlich wird, die Schwierigkeit für die Arbeitnehmer insbesondere darin, vom Unternehmen ausreichende Auskünfte zur Ermittlung der Arbeitnehmerzahlen zu erhalten. So ging es in dem Bofrost-Fall im Zusammenhang mit dem Auskunftsanspruch nach § 5 EBRG vor allem um die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „die zentrale Leitung". Zudem hat die Entscheidung hat das Problem der Reichweite des Auskunftsanspruchs verdeutlicht. Ob ein Auskunftsanspruch gegen Schwesterunternehmen im Ausland durchgesetzt werden kann, richtet sich regelmäßig nach den dortigen gesetzlichen Regelungen.[26] Verweigert ein Unternehmen die Information über die Unternehmensstruktur etwa mit der Begründung, es könne von seinen gleichgeordneten Schwesterunternehmen keine Auskunft

[24] vgl. Pulte NZA-RR 2008, 121; Müller-Bonanni/Jenner in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 12 Rn. 43–63.

[25] vgl. Betriebsrätegesetz (BRG) vom 4. Februar 1920, Reichsgesetzblatt (RGBl.) S. 147; hierzu Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier, Kommentar zum BetrVG, 27. Auflage, Einleitung Rn. 1–12; Bachner in Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, Kommentar zum BetrVG, 14. Auflage, Einleitung Rn. 1–34.

[26] vgl. hierzu u. a. Schlachter, Casebook Europäisches Arbeitsrecht, S. 392; Müller-Bonanni/Jenner a. a. O.

beanspruchen, so würden nach allgemeinen Beweisgrundsätzen die Arbeitnehmervertreter als Anspruchsteller die Feststellungslast tragen.[27] Dies ist besonders deshalb problematisch, weil den Arbeitnehmervertretern Interna aus der Unternehmensgruppe nicht zugänglich sein dürften. Obwohl der Bofrost-Entscheidung nach allgemeiner Auffassung eine Umkehr der Beweislast nicht entnommen werden kann[28], ist doch das Unternehmen oder die Unternehmensgruppe verpflichtet, den Arbeitnehmervertretern Zugang zu allen relevanten Informationen zu verschaffen, die zur Aufnahme von Verhandlungen über die Wahl eines europäischen Betriebsrates erforderlich sind.

Aus der Entscheidung Kühne und Nagel folgt zudem, dass Muttergesellschaften mit Sitz außerhalb der Union verpflichtet sind, ihren in der Gemeinschaft ansässigen Tochterunternehmen die für die Wahl zum Europäischen Betriebsrat erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Der Hinweis darauf, dass der Sitz der Muttergesellschaft außerhalb der Union belegen ist, befreit nicht von dieser Auskunftserteilung gegenüber den in der Union befindlichen Tochterunternehmen. Nur so sind diese wiederum in der Lage, ihren Arbeitnehmern die nach Unionsrecht gebotenen Auskünfte zu erteilen.[29]

16.6.2 Deklaratorische Wirkung des NachwG

Die Umsetzung der Richtlinie 91/533/EWG ist im Gesetz über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen (NachwG) erfolgt. In § 2 Abs. 1 NachwG werden die wesentlichen nachzuweisenden Arbeitsbedingungen, wie Name und Anschrift der Vertragsparteien, Zeitpunkt des Beginns, bei befristeten Arbeitsverträgen die vorhersehbare Dauer, der Arbeitsort, die zu leistende Tätigkeit, die Höhe des Arbeitsentgeltes, die Arbeitszeit, die Dauer des jährlichen Urlaubs sowie die Kündigungsfristen und der Hinweis auf kollektivrechtliche Vereinbarungen genannt. Von praktischer Bedeutung in Entsendungsfällen ist die Regelung in § 2 Abs. 2 NachwG. Danach hat der Arbeitgeber in Entsendungsfällen vor der Abreise dem Arbeitnehmer schriftlich die Dauer der im Ausland auszuübenden Tätigkeit, die Währung, in der das Arbeitsentgelt ausbezahlt wird, ein zusätzliches, mit dem Auslandsaufenthalt verbundenes Arbeitsentgelt sowie die vereinbarten Bedingungen für die Rückkehr mitzuteilen. Allerdings hat das NachwG lediglich deklaratorische Bedeutung. Rechtsfolgen sind mit einer Verletzung des NachwG nicht verbunden.

Aus der Kampelmann-Entscheidung wird deutlich, dass eine Nichtbeachtung des NachweisG keine Auswirkungen auf die Darlegungs- und Beweislast in Eingruppierungsverfahren haben kann. Die deutsche Rechtsprechung stellt sehr hohe Anforderungen an die vom Arbeitnehmer zu erfüllende Darlegungs- und Beweislast bei Eingruppierungsklagen.[30] Die Hoffnung, dass durch das NachwG bzw. die Nachweis-Richtlinie diese Anforderungen verringert werden können, ist mit der

[27] vgl. hierzu Joost BB 2001, 2215 sowie Schlachter a. a. O.; ferner Junker RdA 2002, 32.

[28] vgl. hierzu Coen, AuR 2002, 32; Schlachter a. a. O.

[29] vgl. hierzu Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, S. 315.

[30] vgl. BAGE 31, 26; BAGE 34, 158; BAG NZA 1994, 515.

Kampelmann-Entscheidung enttäuscht worden.[31] Gleiches gilt für sonstige Beweislastfragen in arbeitsgerichtlichen Verfahren.[32] Auswirkungen auf die zivilprozessualen Vorschriften der gesetzlichen Vermutung nach § 292 ZPO, der Beweislast von Privaturkunden nach § 416 ZPO und der richterlichen Beweiswürdigung nach § 286 ZPO kommt dem NachwG und der Nachweis-Richtlinie wohl nicht zu.[33]

1. Primärrechtliche Kompetenznorm Art. 153 Abs. 1 u. 2 AEUV	- Vertretung und kollektive Wahrnehmung der Arbeitnehmerinteressen (f) - Mitbestimmung, allerdings unter der Einschränkung von Art. 153 Abs. 5 AEUV
2. Ziel (Art. 1)	Stärkung des Rechts auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen
3. Maßnahmen (Art. 1)	- Schaffung eines Europäischen Betriebsrates, - Schaffung eines Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer
4. Anwendungsbereich/Definition (Art. 2)	Gemeinschaftsweit operierende Unternehmen - mit mindestens 1.000 Arbeitnehmern in den Mitgliedsstaaten - und mit jeweils mindestens 150 Arbeitnehmern in mindestens zwei Mitgliedsstaaten
5. Herrschendes Unternehmen (Art. 3)	Unternehmen, das aufgrund von Eigentum, finanzieller Beteiligung usw. einen herrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben kann
6. Verantwortung für die Einrichtung eines Europäischen Betriebsrates (Art. 4)	Zentrale Leitung/herrschendes Unternehmen ist dafür verantwortlich, dass - ein Europäischer Betriebsrat eingesetzt werden kann, - ein Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung geschaffen werden kann, - den Beteiligten die erforderlichen Informationen in Bezug auf die Struktur des Unternehmens und der Belegschaft erteilt werden.
7. Sonstige Grundsätze (Art. 8 – 10)	- Grundsatz der Vertraulichkeit von Informationen - Schutz der Arbeitnehmervertreter

Abb. 16.1 RL 2009/38/EG über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrates oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen

[31] vgl. zur Anwendung der Nachweis-Richtlinie und zur Darlegungslast des Arbeitgebers bei einer korrigierenden Rückgruppierung: BAG NZA 2001, 1316; 2001, 1397.

[32] vgl. hierzu u. a. Schlachter, Casebook Europäisches Arbeitsrecht, S. 346, 347; ferner Schwarze RdA 1997, 350; Preis NZA 1997, 10.

[33] vgl. Schlachter a. a. O.; Schwarze a. a. O.; Preis a. a. O.; vgl. aber zu den verfassungsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Darlegungs- und Beweislast in arbeitsgerichtlichen Verfahren: BVerfG NJW 2000, 1483.

1. Primärrechtliche Kompetenznorm Art. 153 Abs. 1 u. 2 AEUV	- Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer (e) - Vertretung und kollektive Wahrnehmung der Arbeitnehmerinteressen (f) - Mitbestimmung, allerdings unter der Einschränkung von Art. 153 Abs. 5 AEUV
2. Ziel (Erwägungsgrund 1)	- Förderung des sozialen Dialogs zwischen den Sozialpartnern, - Weiterentwicklung der Unterrichtung, Anhörung und Mitwirkung der Arbeitnehmer
3. Grundsatz (Art. 1)	Festlegung eines allgemeinen Rahmens mit Mindestvorschriften für das Recht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer von in der Gemeinschaft ansässigen Unternehmen oder Betrieben.
4. Anwendungsbereich (Art. 3)	- Unternehmen mit mindestens 50 Arbeitnehmern in einem Mitgliedsstaat, - Betriebe mit mindestens 20 Arbeitnehmern in einem Mitgliedsstaat, - gemeinschaftsweit operierende Unternehmen wie in RL 2009/38/EG nicht erforderlich, - betroffen sind allein örtliche Unternehmen und Betriebe, die die Schwellenwerte erreichen
5. Modalitäten der Unterrichtung (Art. 4)	Es sind Regelungen über die Unterrichtung und Anhörung zu schaffen - zur Entwicklung und wahrscheinlichen Weiterentwicklung der Tätigkeit und der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens oder Betriebes, - zur Beschäftigungssituation, Beschäftigungsstruktur und wahrscheinlichen Beschäftigungsentwicklung, - zu wesentlichen Veränderungen der Arbeitsorganisation
6. Sonstige Grundsätze (Art. 5 – 7)	- Vorrang von Vereinbarungen der Sozialpartner, - Grundsatz der Vertraulichkeit von Informationen, - Schutz der Arbeitnehmervertreter

Abb. 16.2 RL 2002/14/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft

17 Kollisionsrecht hinsichtlich der anzuwendenden Rechtsordnung

►
- Verordnung (EG) Nr. 593/2008 (Rom I)[1] (siehe Abb. 17.1)
- Verordnung (EG) Nr. 864/2007 (Rom II)[2] (siehe Abb. 17.2)

Das Kollisionsrecht enthält diejenigen nationalstaatlichen Regelungen, die bestimmen, welche nationale Rechtsordnung auf ein grenzüberschreitendes Arbeitsverhältnis Anwendung findet. Als Teil des internationalen Arbeitsrechts enthält es vorrangig Kollisionsnormen und keine materiell-sachlichen Regelungen. Wie auch bei sonstigen internationalen Schuldrechtsverhältnissen finden sich die maßgebenden Kollisionsvorschriften in den nationalen Regelungen über das internationale Privatrecht (IPR).[3] Die unionsrechtliche Relevanz dieses Themas ergibt sich daraus, dass die wesentlichen Kollisionsnormen mittlerweile einheitlich in EU-Verordnungen – Rom I-VO und Rom II-VO – geregelt sind und die bisherigen Regelungen in Art. 27, 30 EGBGB abgelöst haben. Die unionsrechtlichen Grundlagen für Regelungen des internationalen Privat- und Verfahrensrechts ergeben sich aus Art. 81 Abs. 2 AEUV.[4]

Die Rom I-VO ist auf vertragliche Schuldverhältnisse – also auch auf Arbeitsverhältnisse – anwendbar, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Mitgliedsstaaten aufweisen, Art. 1 Abs. 1 Rom I-VO. Die Rom II-VO gilt für außervertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen, Art. 1 Abs. 1 Rom II-VO. Zu den außervertraglichen Schuldverhältnissen gehören auch solche aus unerlaubter Handlung, Art. 2 Abs. 1 Rom II-Verordnung, so dass diese Verordnung als Kollisionsnorm für Schadenersatzansprüche aus Streik- bzw. Aussperrungsaktionen von Bedeutung ist[5]

[1] ABl. Nr. L 177 S. 6, ber. 2009 Nr. L 309 S. 87.

[2] ABl. Nr. L 199 S. 40, ber. 2012 Nr. L 310 S. 52.

[3] vgl. u. a. Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 11 Rn. 5.

[4] vgl. hierzu u. a. Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 4 Rn. 51.

[5] vgl. hierzu Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 5 Rn. 36.

P. Hantel, *Europäisches Arbeitsrecht,* Springer-Lehrbuch,
DOI 10.1007/978-3-662-46894-4_17

(vgl. unten 17.2). Die Rom I-VO und die Rom II-VO wurden vom Europäischen Parlament und vom Rat aufgrund Art. 153 Abs. 1, 2 AEUV erlassen und ersetzen das Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980. Die Verordnungen von 2007 bzw. 2008 treten daher an die Stelle des vorgenannten Übereinkommens von Rom, das in Deutschland in die §§ 27 ff EGBGB integriert wurde.

17.1 Die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 (Rom I)

Die Anwendung der Rom I-VO erfordert zunächst einen arbeitsrechtlichen Sachverhalt, der eine Verbindung mit einem ausländischen Staat aufweist. Die Rom I-VO enthält zunächst in Art. 3 Abs. 1 den für alle Schuldverhältnisse geltenden Grundsatz der freien Rechtswahl. Diese Rechtswahlfreiheit nach Art. 3 Abs. 1 kann aber in Konflikt mit dem Anliegen des Arbeitnehmerschutzes geraten.[6] Aus diesem Grund enthält Art. 8 Rom I-VO für das Arbeitsrecht geltende Schutzvorschriften, die wie folgt lauten:

Art. 8 (Individualarbeitsverträge)

1. *Individualarbeitsverträge unterliegen dem von den Parteien nach Art. 3 gewählten Recht. Die Rechtswahl der Parteien darf jedoch nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch Bestimmungen gewährt wird, von denen nach dem Recht, das nach den Absätzen 2, 3 und 4 des vorliegenden Artikels mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre, nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf.*
2. *Soweit das auf den Arbeitsvertrag anzuwendende Recht nicht durch Rechtswahl bestimmt ist, unterliegt der Arbeitsvertrag dem Recht des Staates, in dem oder andernfalls von dem aus der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrages gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Der Staat, in dem die Arbeit gewöhnlich verrichtet wird, wechselt nicht, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend in einem anderen Staat verrichtet.*
3. *Kann das anzuwendende Recht nicht nach Abs. 2 bestimmt werden, so unterliegt der Vertrag dem Recht des Staates, in dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat.*
4. *Ergibt sich aus der Gesamtheit der Umstände, dass der Vertrag eine engere Verbindung zu einem anderen als dem in Abs. 2 oder 3 bezeichneten Staat aufweist, ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden.*

Zunächst steht es den Parteien des Arbeitsvertrages auch nach dieser Spezialvorschrift gemäß Abs. 1 frei, im Rahmen ihrer Parteiautonomie eine bestimmte Rechtsordnung für anwendbar zu erklären. Dieses Recht der freien Rechtswahl wird – wie oben bereits angedeutet – durch die nachfolgenden Vorschriften im Interesse des Arbeitnehmerschutzes eingeschränkt.[7]

[6] vgl. hierzu Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 5 Rn. 10; ferner Martiny in Münchener Kommentar zum BGB, 3. Auflage, Art. 30 EGBGB Rn. 2.

[7] vgl. Werthebach NZA 2006, 249; Reiserer NZA 1994, 673; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 11 Rn. 12–21.

17.1.1 Rechtswahl nach Art. 8 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 593/2008

So darf die Rechtswahl nach Art. 8 Abs. 1 nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch die Bestimmungen gewährt wird, von denen nach dem Recht, das nach den Absätzen 2, 3 und 4 des oben genannten Artikels mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre, nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf. Diese vom Wortlaut her etwas schwer zu verstehende Regelung bedeutet, dass zwingende gesetzliche Vorschriften des deutschen Rechts auch bei einer Rechtswahl einzuhalten sind und sich der Arbeitgeber nicht nur „die Rosinen herauspicken“ darf. Zwingende nationale Regelungen sind insoweit zu beachten.

Das bedeutet, dass dann, wenn mangels einer Rechtswahl eine für den Arbeitnehmer günstigere Regelung bestehen würde, von der nach nationalem Recht durch Vereinbarung nicht abgewichen werden darf, diese zur Anwendung kommt. Da es sich bei der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 um eine Arbeitnehmerschutzvorschrift handelt, darf dem Arbeitnehmer nicht der Schutz entzogen werden, der ihm durch zwingende Bestimmungen des Rechts gewährt wird, das nach Art. 8 Abs. 2 der Verordnung mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre.[8] So hat der EuGH am 15. März 2011 für das deutsche Recht entschieden, dass von dem besonderen Kündigungsschutz des § 15 KSchG nicht durch die Wahl einer anderen Rechtsordnung abgewichen werden darf.[9]

17.1.2 Der Arbeitsort als Anknüpfungspunkt

Erfolgte keine Rechtswahl so findet das Recht des Staates Anwendung, in dem oder von dem aus (sog. Flugbegleiterklausel)[10] der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrages gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, Art. 8 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 593/2008. Hiermit ist im Grunde der Arbeitsort gemeint. Unter dem Arbeitsort ist der gewöhnliche Ort zu verstehen, den der Arbeitnehmer aufsuchen muss, um in Erfüllung seines Vertrages die Arbeit zu verrichten.[11] Der EuGH betont regelmäßig die besondere Bedeutung des Begriffs gewöhnlicher Arbeitsort im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 Rom I-Verordnung, da der Arbeitnehmer üblicherweise von hier aus am besten seine Interessen wahrnehmen kann.[12] Ist der Arbeitnehmer in einem Betrieb eingegliedert, so ist auf den Ort des Betriebes abzustellen. In den übrigen Fällen ist der Ort entscheidend, an dem das Arbeitsverhältnis seinen Schwerpunkt hat. Durch den Anknüpfungspunkt Arbeitsort wird eine Gleichbehandlung mit dem Sozialversicherungsrecht erreicht. In beiden Rechtsgebieten stellt man darauf ab, welche Rechtsordnung ausstrahlt. Bei der vorübergehenden Entsendung soll das

[8] so u. a. BAG NZA 2008, 761.

[9] vgl. Koelzsch EuGH Slg. 2011, I-1595.

[10] vgl. Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 5 Rn. 13; Thüsing NZA 2003, 1305.

[11] vgl. BAGE 16, 215.

[12] vgl. Boedeker/Schlecker EuGH NZA 2013, 1143.

Recht des Heimatlandes nach wie vor maßgebend sein. Dabei wird auch zwischen einzelnen Arbeitnehmergruppen unterschieden. Bei ortsgebundenem Bodenpersonal von Fluggesellschaften gilt in der Regel als Arbeitsort die Zweigstelle, für die das Bodenpersonal tätig ist. Dagegen lässt sich beim Flugpersonal ein gewöhnlicher Arbeitsort, auf den es in erster Linie ankommt, häufig nicht feststellen. Als Arbeitsort wird daher beim fliegenden Personal auf das Recht des Sitzes der Fluggesellschaft abgestellt, und zwar insbesondere dann, wenn das fliegende Personal auch die Staatsangehörigkeit des Firmensitzes hat.[13]

Nach Art. 8 Abs. 2 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 wechselt der Staat, in dem gewöhnlich die Arbeit verrichtet wird, dann nicht, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend in einem anderen Staat verrichtet. Eine genaue Zeitangabe hierzu ist nicht möglich, da eine vorübergehende Arbeit auch für einzelne Aufgaben erfolgen kann. Um den bereits oben dargestellten Gleichklang mit dem Sozialversicherungsrecht herzustellen, wird häufig von einer vorübergehenden Verrichtung in einem anderen Staat bis zu einer Höchstgrenze von 24 Monaten ausgegangen.[14] Wichtig ist für eine vorübergehende Tätigkeit aber in jedem Fall, dass eine Rückkehr von vornherein vereinbart wurde. Allerdings ist dieses Kriterium nicht allein entscheidend, da auch bei länger andauernden Auslandsaufenthalten von 4–5 Jahren in aller Regel eine Rückkehrregelung getroffen wird.[15]

Ein Abgrenzungskriterium könnte zudem sein, welche Vorkehrungen der Arbeitgeber für die Weiterbeschäftigung des zurückkehrenden Arbeitnehmers getroffen hat. Wurde seine Stelle im Inland durch eine Aushilfskraft besetzt, so mag dieses sicherlich als Indiz für eine vorübergehende Entsendung sprechen.

17.1.3 Die Niederlassung als Anknüpfungspunkt

Erst wenn weder eine Rechtswahl nach Art. 8 Abs. 1 noch ein Arbeitsort nach Art. 8 Abs. 2 vorliegt, unterliegt der Arbeitsvertrag gem. Art. 8 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 dem Recht des Staates, in dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat. Für die Arbeitnehmer, die einem ständigen Arbeitsplatzwechsel in verschiedenen Staaten unterliegen, bestimmt Art. 8 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008, dass sich das Vertragsverhältnis nach dem Ortsrecht der einstellenden Niederlassung bestimmt.[16]

Allerdings kommt das Recht der Niederlassung nur nachrangig zur Anwendung. Der EuGH hat ausgeführt, dass in Fällen, in denen der Arbeitnehmer seine Berufstätigkeit in mehreren Staaten verrichtet, ein besonderes Bedürfnis bestehe, dem Arbeitnehmer als der schwächeren Partei einen angemessenen Schutz zu gewährleisten.[17] Nach diesen Grundsätzen kann das Recht der Niederlassung erst dann zur

[13] vgl. BAGE 71, 297
[14] vgl. Cornelissen, RdA 1996, 329; Deinert, RdA 1996, 341; siehe auch § 4 SGB IV
[15] vgl. Deinert a. a. O.
[16] vgl. BAG DB 1999, 806; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 5 Rn. 15.
[17] vgl. Koelzsch EuGH Slg. 2011, I-1595.

Anwendung kommen, wenn sich unter keinem Gesichtspunkt das für den Arbeitnehmer günstigere Recht des Arbeitsortes feststellen lässt.

17.1.4 Ausnahmetatbestand des Art. 8 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 593/2008

Sollte sich aus den Gesamtumständen ergeben, dass der Arbeitsvertrag eine engere Verbindung zu einer anderen Rechtsordnung aufweist, so ist das Recht dieser Rechtsordnung anzuwenden. Als Umstände können dabei die gemeinsame Staatsangehörigkeit und der gemeinsame Wohnsitz der Parteien gelten.[18] Dagegen soll Umständen, wie dem Abschlussort, weniger Gewicht zukommen. Wie oben ausgeführt, muss nach der EuGH-Entscheidung auch Erwägungen, wie dem Schutz des Arbeitnehmers durch seine heimische Rechtsordnung, auch bei dem Ausnahmetatbestand nach Abs. 4 Bedeutung beigemessen werden. Geboten ist also ein Günstigkeitsvergleich zwischen dem gewählten und dem sich aus der objektiven Anknüpfung ergebenden Recht.[19]

17.2 Die Verordnung (EG) Nr. 864/2007 (Rom II)

Die Verordnung Rom II gilt für außervertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen.[20] Betroffen sind vor allem entsprechend Art. 2 Abs. 1 der Verordnung Schadenersatzansprüche aus unerlaubter Handlung.

17.2.1 Recht des Staates am Ort des Schadenseintritts

Nach Art. 4 Abs. 1 der Verordnung gilt der Grundsatz, dass das Recht des Staates Anwendung findet, in dem der Schaden eintritt. Dies gilt unabhängig davon, in welchem Staat das schadensbegründende Ereignis oder dessen indirekte Schadensfolge eingetreten ist. Haben jedoch die geschädigte und die schädigende Person im Zeitpunkt des Schadenseintritts ihren gewöhnlichen Aufenthalt in demselben Staat, so unterliegt die unerlaubte Handlung dem Recht dieses Staates. Nach Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO ist aber auch bei Ansprüchen aus unerlaubter Handlung eine mögliche engere Verbindung zu einer anderen Rechtsordnung zu prüfen.

[18] vgl. BAG NZA 1990, 841; BAGE 71, 297.

[19] vgl. Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 11 Rn. 20; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 5 Rn. 22.

[20] vgl. Riesenhuber a. a. O., S. 138.

17.2.2 Recht des Staates am Ort der Arbeitskampfmaßnahmen

Für das kollektive Arbeitsrecht von Bedeutung sind die Regelungen in Art. 9 Rom II-VO. Für Schadenersatzansprüche aus Arbeitskampfmaßnahmen ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem diese Arbeitskampfmaßnahme erfolgen soll oder erfolgt ist.[21] Damit unterliegen Schäden aus Arbeitskampfmaßnahmen nicht dem Recht am Ort des Schadenseintritts sondern dem Recht des Staates, in dem die Arbeitskampfmaßnahme erfolgt ist oder erfolgen soll. Organisiert eine Gewerkschaft einen rechtswidrigen Streik in Deutschland gegen ein französisches Unternehmen, so unterliegt ihre Haftung dem deutschen Recht.[22]

Schwieriger ist die Bestimmung des anwendbaren Rechts dagegen bei transnationalen Arbeitskampfmaßnahmen, etwa beim Streik von Schiffs- und Flugpersonal in mehreren Staaten. Hier kommen unterschiedliche Orte als Anknüpfungspunkte für die Rechtswahl in Betracht.[23] Letztlich wird es in diesen Fällen auf den Schwerpunkt des Arbeitskampfes bzw. auf die engste Anbindung zu einer bestimmten Rechtsordnung ankommen. In einer vergleichbaren Interessenlage, die allerdings nicht die anwendbare Rechtsordnung sondern die Bestimmung des Gerichtsstandes in Arbeitskampfmaßnahmen betraf, hat der EuGH entschieden, dass nicht allein der Flaggenstaat, also die Registrierung, des Schiffes oder Flugzeugs maßgeblich ist, sondern auch sonstige Umstände, wie der Ort von Einnahmen und Ausgaben und der Eintritt der finanziellen Verluste maßgeblich sein kann.[24]

17.3 Praktische Fallbeispiele

17.3.1 Fall Koelzsch EuGH Slg. 2011, I-1595[25]

Der in Deutschland lebende Kläger unterzeichnete 1998 in Luxemburg einen Arbeitsvertrag als Lastkraftwagenfahrer mit der Transportgesellschaft Gasa, einer Gesellschaft dänischen Rechts. Im Arbeitsvertrag wurde die Anwendung luxemburgischen Rechts und im Falle von Streitigkeiten die Zuständigkeiten der luxemburgischen Gerichte vereinbart. Gegenstand des Arbeitsvertrages ist die Beförderung von Blumen und anderen Pflanzen von Odense (Dänemark) zu Bestimmungsorten vor allem in Deutschland aber auch in andere europäischen Länder mit Lastwagen. Die Abstellplätze der Lastwagen befinden sich in Deutschland, unter anderem in Kassel, Neukirchen und Osnabrück. In Deutschland verfügt Gasa weder über einen Gesellschaftssitz noch über Geschäftsräume. Die Lastwagen sind sämtlichst in Luxemburg zugelassen. Die Fahrer sind der luxemburgischen Sozialversicherung

[21] vgl. Riesenhuber a. a. O., S. 139; Leible/Lehmann, RIW 2007, S. 721; Deinert ZESAR 2012, 311.

[22] vgl. Leible/Lehmann a. a. O.; Deinert a. a. O.

[23] vgl. Leible/Lehmann a. a. O.; Deinert a. a. O.

[24] vgl. DFDS Torline A/S EuGH Slg. 2004 I, S. 1417.

[25] **siehe auch NJW 2011, 1578; NZA 2011, 625; EuZW 2011, 302**.

unterworfen. Nachdem Gasa Umstrukturierungsmaßnahmen und eine Reduzierung des Einsatzes von Transportfahrzeugen von Deutschland aus angekündigt hatte, gründeten die Beschäftigten in Deutschland im Januar 2001 einen Betriebsrat. Der Kläger wurde als Ersatzmitglied gewählt und nahm an Betriebsratssitzungen teil. 2001 kündigte die Gasa den Arbeitsvertrag des Klägers, der Kündigungsschutzklage vor einem deutschen Arbeitsgericht erhob, das sich für örtlich unzuständig erklärte. Daraufhin erhob der Kläger beim Tribunal du travail de Luxembourg Klage gegen die Rechtsnachfolgerin von Gasa mit dem Antrag, diese zur Zahlung von Schadenersatz wegen unrechtmäßiger Kündigung sowie einer Kündigungsabfindung von rückständigem Lohn zu verurteilen. Seine Klage begründete er damit, dass zwingende Bestimmungen des deutschen Rechts zum Schutz von Betriebsratsmitgliedern ungeachtet der Wahl des luxemburgischen Rechts Anwendung finden müsse, da der Vertrag dem deutschen Recht unterläge, wenn die Parteien keine Rechtswahl getroffen hätten. Seine Kündigung sei daher gem. § 15 KSchG unwirksam. Im März 2004 entschied das Tribunal du travail de Luxembourg, dass der Rechtsstreit ausschließlich luxemburgischem Recht unterliege und wies die Klage wegen Nichtanwendung des deutschen Kündigungsschutzrechts ab. Die vom Kläger hiergegen eingelegten Rechtsmittel blieben beim Berufungsgerichtshof Luxemburg und beim Kassationsgerichtshof Luxemburg erfolglos.

Daraufhin erhob der Kläger auf der Grundlage des Gesetzes über die zivilrechtliche Haftung des luxemburgischen Staates und der öffentlich-rechtlichen Körperschaften eine Schadenersatzklage gegen den Staat des Großherzogtums Luxemburg wegen schlechten Funktionierens der luxemburgischen Justizdienste. Der Kläger machte geltend, dass die oben genannten Gerichte durch die Entscheidungen gegen Art. 6 Abs. 1 und 2 des Übereinkommens von Rom – nunmehr Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO – verstoßen hätten, da sie die zwingenden Bestimmungen des deutschen Kündigungsschutzrechtes für unanwendbar erklärt haben. Sie hätten eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs einholen müssen, um insbesondere das Kriterium des Ortes der gewöhnlichen Verrichtung der Arbeit im Hinblick auf die Umstände des vorliegenden Falles zu präzisieren. Nachdem das Bezirksgericht Luxemburg die Klage abgewiesen hatte, setzte der Cour d`appel de Luxembourg auf die Berufung das Verfahren aus und legte dem Europäischen Gerichtshof die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die in Art. 6 Abs. 2 a des Übereinkommens von Rom (nunmehr Art. 8 Abs. 2 Satz 1 Rom I-VO) bestimmte Kollisionsnorm, nach der auf Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse das Recht des Staates anzuwenden sei, in dem der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrages gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, dahin auszulegen ist, dass wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung in mehreren Staaten erbringt, aber regelmäßig in einen von diesen zurückkehrt, dieser Staat als derjenige anzusehen sei, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichte.

Nach Auffassung des EuGH war zunächst zu entscheiden, welches Recht im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses zur Anwendung kommt, wenn die Tätigkeit vom Arbeitnehmer in mehreren Vertragsstaaten – hier Dänemark, Deutschland, Luxemburg – ausgeübt wird. Nach Art. 8 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO gilt entsprechend dem Grundsatz der Vertragsfreiheit zunächst das von den Arbeitsvertragsparteien

gewählte Recht. Allerdings bestimmt Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO, dass diese Rechtswahl nicht dazu führen darf, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch Bestimmungen gewährt wird, von denen nach dem Recht, das nach den Abs. 2, 3 und 4 anzuwenden wäre, nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf. Die vom Wortlaut etwas schwer zu verstehende Regelung bedeutet, dass auch, wenn eine Rechtswahl erfolgt ist, eine für den Arbeitnehmer günstigere Regelung besteht bleibt, wenn von ihr nach nationalem Recht durch Vereinbarung nicht abgewichen werden darf. Bezogen auf den hier in Frage stehenden besonderen Kündigungsschutz des § 15 KSchG bedeutet dies, dass im Falle der Anwendung deutschen Rechts eine Kündigung des Klägers unwirksam wäre. Die Anwendung deutschen Rechts kommt im vorliegenden Fall allein nach der Regelung von Art. 8 Abs. 2 in Betracht, wenn Deutschland das Land wäre, von dem aus der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrages gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Eine solche Anwendung deutschen Rechts war zuvor von den luxemburgischen Arbeitsgerichten abgelehnt worden.

Sodann führt der EuGH aus, dass in Fällen, in denen der Arbeitnehmer seine Berufstätigkeit in mehreren Vertragsstaaten verrichtet, ein besonderes Bedürfnis bestehe, den Arbeitnehmer als der schwächeren Partei einen angemessenen Schutz zu gewährleisten. Insoweit sei Art. 8 Abs. 2 so zu verstehen, dass er die Anwendung des Rechts des Staates zu gewährleisten habe, in dem der Arbeitnehmer seine berufliche Tätigkeit ausübt und nicht des Rechts des Staates, in dem der Arbeitgeber seinen Sitz hat. Der EuGH verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass der Arbeitnehmer seine wirtschaftliche und soziale Tätigkeit in dem erstgenannten Staat ausübt und von dort das geschäftliche und politische Umfeld die Arbeitstätigkeit beeinflusst. Das Recht dieses Staates bleibt dann nach Art. 8 Abs. 2 Satz 2 Rom I-VO auch dann anwendbar, wenn der Arbeitnehmer Leistungen vorübergehend in einem anderen Staat erbringt.

Die wichtigsten Leitsätze

1. In Fällen, in denen der Arbeitnehmer seine Berufstätigkeit in mehreren Vertragsstaaten verrichtet, ist dem Schutz des Arbeitnehmers als der schwächeren Vertragspartei ausreichend Rechnung zu tragen. So kann der mit Art. 6 des Übereinkommens von Rom (nunmehr Art. 8 Rom I-VO) bezweckte angemessene Schutz von Arbeitnehmern nur erreicht werden, wenn das Recht des Staates zur Anwendung komme, in dem der Arbeitnehmer seine Berufstätigkeit ausübt, und nicht das Recht des Staates, in dem der Arbeitgeber seinen Sitz hat. Denn der Arbeitnehmer übt seine wirtschaftliche und soziale Tätigkeit im erstgenannten Staat aus und dort beeinflusst das geschäftliche und politische Umfeld die Arbeitstätigkeit. Daher müsse die Einhaltung der im Recht dieses Staates vorgesehenen Arbeitnehmerschutzvorschriften soweit wie möglich gewährleistet werden. (Rn. 41, 42)
2. Unter Berücksichtigung des Ziels von Art. 6 des Übereinkommens von Rom ist somit festzustellen, dass das in Abs. 2 a dieser Vorschrift (nunmehr Art. 8 Rom I-VO) aufgestellte Kriterium des Staates, in dem der Arbeitnehmer

gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, weit auszulegen sei. Im Gegensatz dazu ist das vorgesehene Kriterium des Orts der Niederlassung, die den Arbeitnehmer eingestellt hat, nur dann anzuwenden, wenn das angerufene Gericht nicht in der Lage sei, den Staat der gewöhnlichen Verrichtung der Arbeit zu bestimmen. Dieser Grundsatz gelte gerade auch dann, wenn der Arbeitnehmer seine Tätigkeit in mehreren Vertragsstaaten ausübt und es dem angerufenen Gericht möglich sei, den Staat zu ermitteln, mit dem die Arbeit eine maßgebliche Verknüpfung aufweist. (Rn. 43, 44)

3. Das Merkmal des Staates, in dem die Arbeit gewöhnlich verrichtet wird, ist so aufzufassen, dass es sich auf den Ort bezieht, an dem oder von dem aus der Arbeitnehmer seine berufliche Tätigkeit tatsächlich ausübt, und, in Ermangelung eines Mittelpunkts der Tätigkeit, auf den Ort, an dem er den größten Teil seiner Arbeit ausübt. (Rn. 45)

17.3.2 Fall Voogsgeerd EuGH Slg. 2011, I-13275[26]

Der Kläger Voogsgeerd hat im Jahr 2001 einen unbefristeten Arbeitsvertrag mit dem luxemburgischen Unternehmen Navimer abgeschlossen. Die Parteien vereinbarten die Anwendung luxemburgischen Rechts. Die Unterzeichnung des Arbeitsvertrages erfolgte am Sitz der Naviglobe NV in Antwerpen (Belgien), einem Tochterunternehmen von Navimer. Von August 2001 bis April 2002 arbeitete der Kläger als erster Maschinist an Bord der Schiffe MS Regina und Prince Henri. Beide Schiffe sind Eigentum von Navimer. Einsatzgebiet war die Nordsee. Im April 2002 kündigte das Unternehmen dem Kläger. Dieser verklagte Naviglobe und Navimer vor dem Arbeitsgericht Antwerpen und beantragte, beide Unternehmen gesamtschuldnerisch zu verurteilen, ihm die nach belgischem Gesetz vorgesehene Kündigungsentschädigung zu zahlen. Zur Begründung der Klage trug der Kläger vor, dass die zwingenden Bestimmungen des belgischen Gesetzes über Arbeitsverträge anwendbar seien und zwar unabhängig von der Rechtswahl der Parteien. Dabei machte er ferner geltend, er sei durch seinen Arbeitsvertrag mit dem belgischen Unternehmen Naviglobe und nicht mit dem luxemburgischen Unternehmen Navimer verbunden und habe seine Arbeit hauptsächlich in Belgien verrichtet, wo er die Anweisungen von Naviglobe entgegengenommen habe und wohin er nach jeder Reise zurückgekehrt sei. Das Arbeitsgericht Antwerpen erklärte sich hinsichtlich der Klage gegen Navimer für örtlich unzuständig. Die Klage gegen Naviglobe wurde für zulässig aber unbegründet erklärt, da Voogsgeerd die nach luxemburgischen Recht – nicht aber nach belgischem Recht – vorgesehene 3 monatige Ausschlussfrist zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen missbräuchlicher Kündigung nicht eingehalten habe. Auf seine Kassationsbeschwerde legte der Arbeitsgerichtshof Antwerpen dem EuGH die Frage vor, ob der Staat, in dem sich die Niederlassung befindet, danach zu beurteilen sei, ob dort der Arbeitnehmer eingestellt wurde oder gewöhnlich seine Arbeit verrichtet.

[26] siehe auch NJW 2012, 597; NZA 2012, 227; EuZW 2012, 61.

Der EuGH sieht den rechtlichen Schwerpunkt des vorliegenden Problems nicht in der Bestimmung der Niederlassung sondern der Bestimmung des Rechtes des Ortes, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Der EuGH verweist darauf, dass in Fällen, in denen der Arbeitnehmer seine Tätigkeit in mehreren Staaten verrichtet, der Ort, von dem aus der Arbeitnehmer seine Tätigkeit aufnimmt und in dem er Weisungen empfängt, von besonderer Bedeutung sei. Zudem beantwortet der EuGH die Frage, dass der Ort der einstellenden Niederlassung dort sei, wo der Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag geschlossen oder das Arbeitsverhältnis begründet wurde. Die einstellende Niederlassung müsse keine rechtlich verselbständigte Einheit mit eigener Rechtspersönlichkeit darstellen.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Art. 6 Abs. 1 des Übereinkommens von Rom (nunmehr Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO) sieht vor, dass die Rechtswahl der Parteien hinsichtlich eines Arbeitsvertrags oder Arbeitsverhältnisses nicht dazu führen kann, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch die zwingenden Bestimmungen des Rechts gewährt wird, das nach diesem Artikel mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre. Art. 6 Abs. 2 (nunmehr Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO) legt die Anknüpfungskriterien des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses fest, auf deren Grundlage die *lex contractus* mangels Rechtswahl zu bestimmen ist. (Rn. 25)
2. Es sind dies in erster Linie das Kriterium des Staates, in dem der Arbeitnehmer „gewöhnlich seine Arbeit verrichtet“, und subsidiär, in Ermangelung eines solchen Ortes, das Kriterium der „Niederlassung, die den Arbeitnehmer eingestellt hat“. Außerdem sieht der letzte Satz von Abs. 2 (nunmehr Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO) vor, dass diese beiden Anknüpfungskriterien nicht anwendbar sind, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis engere Verbindungen zu einem anderen Staat aufweist; in diesem Fall ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden. (Rn. 26, 27)
3. Aus dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 2 des Übereinkommens von Rom (nunmehr Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO) ergibt sich, dass der Gesetzgeber eine Rangordnung unter den Kriterien aufstellen wollte, die für die Bestimmung des auf den Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts zu berücksichtigen sind. Dabei ist das Kriterium des Staates, in dem der Arbeitnehmer „gewöhnlich seine Arbeit verrichtet“, weit auszulegen, während das vorgesehene Kriterium des Ortes der „Niederlassung, die den Arbeitnehmer eingestellt hat“, nur anzuwenden ist, wenn das angerufene Gericht nicht in der Lage ist, den Staat zu bestimmen, in dem gewöhnlich die Arbeit verrichtet wird. (Rn. 34, 35)
4. In einem solchen Fall ist das Kriterium des Staates, in dem gewöhnlich die Arbeit verrichtet wird, so aufzufassen, dass es sich auf den Ort bezieht, an dem oder von dem aus der Arbeitnehmer seine beruflichen Tätigkeiten tatsächlich ausübt, und, in Ermangelung eines Mittelpunkts seiner Tätigkeiten,

auf den Ort, an dem der Arbeitnehmer den größten Teil seiner Tätigkeiten verrichtet. (Rn. 37)

5. Daher sind unter Berücksichtigung des Wesens der Arbeit in der Seefahrt sämtliche Umstände zu berücksichtigen, die die Tätigkeit des Arbeitnehmers kennzeichnen und es ist zu bestimmen, in welchem Staat sich der Ort befindet, von dem aus der Arbeitnehmer seine Transportfahrten durchführt, Anweisungen zu diesen Fahrten erhält und seine Arbeit organisiert, sowie der Ort, an dem sich seine Arbeitsmittel befinden. (Rn. 38)
6. Wenn aus diesen Feststellungen hervorgeht, dass der Ort, von dem aus der Arbeitnehmer seine Transportfahrten durchführt und auch die Anweisungen für seine Fahrten erhält, immer derselbe ist, dann ist er als der Ort anzusehen, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Wie ausgeführt, ist das Kriterium des Ortes, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, vorrangig anzuwenden. (Rn. 39)

17.3.3 Fall Boedeker/Schlecker EuGH NZA 2013, 1163[27]

Die Klägerin B war langjährige Mitarbeiterin bei dem mittlerweile insolventen Einzelhandelsunternehmen Schlecker. Sie begann zunächst ihre Tätigkeit 1979 in den Filialen in Nordrhein-Westfalen. Ab 1994 wurde sie als Geschäftsführerin von Schlecker in den Niederlanden angestellt. In dieser Eigenschaft übte sie die Funktion der Geschäftsleitung von Schlecker für 300 Filialen in den Niederlanden mit ca. 1250 Beschäftigten aus.

Im Jahr 2006 teilte Schlecker der Klägerin mit, dass ihr Arbeitsplatz ersatzlos wegfalle und wies sie an, in Dortmund als Bereichsleiterin zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiter tätig zu sein. Frau B strengte verschiedene Gerichtsverfahren in den Niederlanden an, im Zuge derer ihre eine Abfindung in Höhe von 557.651,52 € brutto zugesprochen wurde. Diese Entscheidung stand aber unter der Bedingungen, dass niederländisches Recht auf das Arbeitsverhältnis anwendbar sei. Bei einer Anwendung deutschen Arbeitsrechts war ein Abfindungsanspruch mangels gesetzlicher Abfindungsregelung nicht vorgesehen. Aufgrund eines von Schlecker eingelegten Rechtsmittels legte der Gerechtshof te Arnhem dem EuGH die Frage nach der anzuwendenden Rechtsordnung vor.

Der EuGH stellte zunächst fest, dass sich der Arbeitsplatz von B in den Niederlanden befindet, sie aber mittlerweile in Deutschland ihren Wohnsitz hatte und auch in das deutsche Sozialversicherungssystem einbezogen war. Da eine Rechtswahl nicht getroffen wurde, betonte der EuGH insbesondere die besondere Bedeutung des Ortes, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (nunmehr Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO). Allerdings sei Sache des vorlegenden Gerichts, den Sachverhalt darauf zu bewerten, ob eine engere Verbindung zu einer anderen Rechtsordnung als dem gewöhnlichen Arbeitsort nach Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO – also im vorliegenden Fall Deutschland – vorliege.

---

[27] siehe auch NJW 2014, 1363, EuZW 2013, 825; ZIP 2013, 2119.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Die Vertragsparteien haben keine ausdrückliche Wahl hinsichtlich der Anwendung eines bestimmten Rechts getroffen. Außerdem ist zwischen den Parteien des Ausgangsverfahrens unstreitig, dass Frau Boedeker im Rahmen der Erfüllung ihres zweiten, am 30. November 1994 geschlossenen Arbeitsvertrags mit Schlecker ihre Tätigkeiten über mehr als elf Jahre und ohne Unterbrechung gewöhnlich in den Niederlanden verrichtet hatte. (Rn. 27)
2. Deutsches Recht könnte anwendbar sein, weil die Gesamtumstände (nunmehr Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO) auf eine engere Verbindung zu Deutschland hindeuten, und zwar die Tatsache, dass der Arbeitgeber eine deutsche juristische Person war, dass das Gehalt vor Einführung des Euro in Deutscher Mark gezahlt wurde, dass die Altersrentenversicherung bei einem deutschen Versicherer abgeschlossen war, dass Frau Boedeker ihren Wohnsitz in Deutschland beibehalten hatte, wo sie ihre Sozialbeiträge entrichtete, dass der Arbeitsvertrag auf zwingende Bestimmungen des deutschen Rechts verwies und dass der Arbeitgeber die Fahrtkosten von Frau Boedeker von Deutschland in die Niederlande erstattete. (Rn. 29)
3. Somit ist für die Bestimmung des anzuwendenden Rechts das Kriterium für die Anknüpfung des in Rede stehenden Arbeitsvertrags an den Ort, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Aufgaben verrichtet, vorrangig zu berücksichtigen, und seine Anwendung schließt die Berücksichtigung des subsidiären Kriteriums des Ortes, an dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat, aus. (Rn. 32)
4. Da das Ziel von Art. 6 des Übereinkommens von Rom (nunmehr Art. 8 Rom I-VO) ist, dem Arbeitnehmer einen angemessenen Schutz zu gewähren, muss diese Bestimmung sicherstellen, dass auf den Arbeitsvertrag das Recht des Landes angewandt wird, mit dem dieser Vertrag die engsten Anknüpfungspunkte aufweist. Diese Auslegung darf jedoch nicht zwingend in jeder Fallkonstellation zur Anwendung des für den Arbeitnehmer günstigeren Rechts führen. (Rn. 34)
5. Diese Auslegung steht auch im Einklang mit dem Wortlaut im Ausgangsverfahren zeitlich nicht anwendbaren Rom I-VO. Gemäß Art. 8 Abs. 4 dieser Verordnung ist nämlich, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Vertrag eine engere Verbindung zu einem anderen als dem in den Abs. 2 oder 3 dieses Artikels bezeichneten Staat aufweist, das Recht dieses anderen Staates anzuwenden. (Rn. 38)
6. Daraus folgt, dass das auf den Vertrag anwendbare Recht insbesondere unter Berücksichtigung des Kriteriums des Ortes der gewöhnlichen Verrichtung der Arbeit zu bestimmen ist. Wenn ein Vertrag enger mit einem anderen Staat als dem der gewöhnlichen Verrichtung der Arbeit verbunden ist, ist jedoch nach dem letzten Halbsatz dieses Abs.es das Recht des Staates der Verrichtung der Arbeit auszuschließen und das Recht dieses anderen Staates anzuwenden. Hierbei sind sämtliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die das Arbeitsverhältnis kennzeichnen, und den- oder diejenigen würdigen, die seiner Ansicht nach am maßgeblichsten sind. (Rn. 39, 40)

7. Unter den wichtigen Anknüpfungspunkten sind auch das Land, in dem der Arbeitnehmer Steuern und Abgaben auf die Einkünfte aus seiner Tätigkeit entrichtet, und das Land, in dem er der Sozialversicherung und den diversen Renten-, Gesundheits- und Erwerbsunfähigkeitsregelungen angeschlossen ist, zu berücksichtigen. Außerdem sind die Parameter, die mit der Bestimmung des Gehalts und der Arbeitsbedingungen zusammenhängen, zu berücksichtigen. (Rn. 41)

17.4 Auswirkung auf die deutsche Rechtsordnung und die arbeitsrechtliche Praxis

17.4.1 Rechtsfolgen für das individuelle Arbeitsverhältnis

Bei grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnissen wird in aller Regel keine Rechtswahl oder das Recht am Sitz des Arbeitgebers vereinbart. Ist gar nichts vereinbart worden, so gilt grundsätzlich das Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes bzw. des Ortes, von dem der Arbeitnehmer seine Arbeit verrichtet, Art. 8 Abs. 2 Satz 1 Rom I-VO. Aber auch in diesem Fall ist -wie sich aus der Schlecker-Entscheidung ergibt – eine engere Anbindung an eine andere Rechtsordnung denkbar. Dies kann, wie dargestellt, auch für die Arbeitnehmerin ungünstigere Folgen haben. Der Frau Boedeker nach dem niederländischen Recht zustehende sehr weitgehende Abfindungsanspruch würde bei Anwendbarkeit der deutschen Rechtsordnung nicht bestehen.[28] So hat der EuGH in dieser Entscheidung festgestellt, dass der Zweck des Arbeitnehmerschutzes von Art. 8 Rom I-VO nicht dazu führt, dass immer die für den Arbeitnehmer günstigere Rechtsordnung Anwendung finden muss.

Aus der Koelzsch-Entscheidung wird zudem deutlich, dass dem Recht am Ort der einstellenden Niederlassung nach Art. 8 Abs. 3 Rom I-VO nur eine sehr nachrangige Bedeutung zukommt. Insbesondere kommt das anzuwendende Recht der einstellenden Niederlassung nur dann in Betracht, wenn unter keinem Aspekt ein Ort bestimmt werden kann, an dem oder von dem aus die zu erfüllende Tätigkeit ausgeübt wird und sich auch keine nähere Rechtsanbindung finden lässt.

Ist eine Rechtswahl getroffen worden, so steht eine solche Vereinbarung – wie aus den Entscheidungen Koelzsch und Voogsgeerd deutlich wird – unter dem Vorbehalt, dass hierdurch keine zwingenden nationalen Arbeitnehmerschutzvorschriften verletzt werden. Sollte sich aufgrund des Rechts des Arbeitsortes, der Niederlassung oder Gesamtheit der Umstände eine für den Arbeitnehmer günstigere Rechtsnorm herleiten lassen, so ist diese zu Gunsten des Arbeitnehmers anzuwenden. Der Arbeitgeber kann daher nicht damit rechnen, dass eine arbeitsvertraglich vereinbarte Rechtsordnung in jedem Fall zur Anwendung kommt. In einem solchen Fall wird es Aufgabe des Arbeitnehmers bzw. seines Prozessvertreters sein, bei den in Betracht kommenden Rechtsordnungen nach kollidierenden Normen zu suchen, die zwingende Schutzvorschriften zu Gunsten des Arbeitnehmers darstellen.

[28] vgl. Linneweber ZESAR 2014, 457.

17.4.2 Rechtsfolgen für das kollektive Arbeitsrecht

Wie in den vorangegangenen Kapiteln ausgeführt, gehören die Regelungen über die Arbeitnehmermitbestimmung in den Zuständigkeitsbereich der Mitgliedsstaaten. Die Art. 3 und 8 Rom I-VO betreffen allein das individuelle Arbeitsverhältnis. Mit Ausnahme der oben dargestellten Richtlinien über den Europäischen Betriebsrat[29] und die Arbeitnehmerbeteiligung[30] fehlen Kollisionsnormen bzw. EU-Normen über die Anwendung von Mitbestimmungsregelungen. Insoweit gilt für das Betriebsverfassungsrecht als eher öffentlich-rechtliches Regelungswerk das Territorialprinzip.[31] Das BetrVG gilt daher für alle in Deutschland gelegene Betriebe, also auch für inländische Betriebe ausländischer Unternehmen.[32] Daher ist es z. B. nicht zulässig, dass Betriebsversammlungen nach den §§ 42, 43 BetrVG an einer ausländischen Betriebsstätte durchgeführt werden[33] oder dass Betriebsräte entsandte Arbeitnehmer an einem Arbeitsplatz im Ausland entsprechend ihren allgemeinen Aufgaben nach §§ 80, 82 BetrVG aufsuchen[34]. Vom BetrVG erfasst werden auch Arbeitsverhältnisse der in Deutschland arbeitenden Arbeitnehmer, für die ausländisches Recht Anwendung findet.[35] Ausnahmen vom Territorialprinzip bilden lediglich sog. Ausstrahlungssachverhalte. Diese liegen dann vor, wenn deutsche Arbeitnehmer sich nur vorübergehend im Ausland aufhalten, sie aber noch einem deutschen Betrieb zuzuordnen sind. So hat das BAG entschieden, dass ein Lkw-Fahrer, der überwiegend in Italien eingesetzt wird, aber buchhalterisch, lohnsteuerrechtlich und sozialversicherungsrechtlich dem deutschen Betrieb zugeordnet ist, Rechte und Pflichten nach dem deutschen BetrVG wahrnehmen kann.[36]

Umstritten sind Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates beim Auslandseinsatz von Arbeitnehmern. Nach § 99 BetrVG steht dem Betriebsrat bei der Versetzung eines Arbeitnehmers im Ausland ein Mitbestimmungsrecht zu, wenn feststeht, dass der Arbeitnehmer nach Beendigung seines Aufenthaltes an seinen bisherigen Arbeitsplatz zurückkehrt. Dagegen soll eine bloß kurzfristige Dienstreise eines Mitarbeiters keine mitbestimmungspflichtige Versetzung darstellen. Auch besteht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG kein Mitbestimmungsrecht, wenn die Dienstreisen außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit durchgeführt werden.[37] Dagegen hat der

---

[29] vgl. RL 2009/38/EG.

[30] vgl. RL 2001/86/EG.

[31] vgl. Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 10 Rn. 8–13 sowie § 11 Rn. 39–42; Thüsing/Forst NZA 2009, 408; Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier, Kommentar zum BetrVG, 27. Auflage, § 1 Rn. 13; Trümner in Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, Kommentar zum BetrVG, 14. Auflage, § 1 Rn. 23, 26; Wlotzke/Preis/Kreft, Kommentar zum BetrVG, 4. Auflage, § 1 Rn. 9.

[32] vgl. BAG AP Nr. 3 u. Nr. 13 zum internationalen Privatrecht.

[33] vgl. BAG DB 1982, 2519.

[34] vgl. BAG DB 1982, 2519.

[35] vgl. Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 11 Rn. 39.

[36] vgl. BAG DB 1990, 992; BAG AP Nr. 8 zu § 14 AÜG; ferner Thüsing a. a. O.

[37] vgl. BAG NZA 2007, 458.

Betriebsrat bei der Vereinbarung von Zulagen für Auslandstätigkeit ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG.[38]

Die Frage der Anwendung von deutschen Tarifverträgen für im Ausland tätige Beschäftigte, hängt zunächst einmal vom Geltungsbereich des einzelnen Tarifvertrages ab. In aller Regel enthalten Tarifverträge am Anfang eine Regelung über ihren räumlichen Geltungsbereich. Daher können tarifvertragliche Regelungen auch auf im Ausland tätige Arbeitnehmer (z. B. Goethe-Institut, Studienstiftungen) angewandt werden, wenn die Tarifvertragsparteien dies vereinbaren.[39] Darüber hinaus kann sich für ein Mutterunternehmen unter Umständen sogar eine Einwirkungspflicht auf das ausländische Tochterunternehmen ergeben, deutsche Tarifverträge zur Anwendung zu bringen.[40] Sofern der Tarifvertrag nur aufgrund einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme Anwendung findet, handelt es sich insoweit um individuelle Ansprüche, so dass ergänzend auf die oben genannten Ausführungen zu Art. 8 Rom I-VO verwiesen werden kann.[41]

17.4.3 Sonstige arbeitsrechtliche Einzelfragen bei der Auslandstätigkeit

Zu sonstigen arbeitsrechtlichen Streitfragen im Zusammenhang mit der Auslandstätigkeit kommt es ferner bei der Bestimmung des Schwellenwertes nach § 23 KSchG. So hat das BAG entschieden, dass bei der für den Kündigungsschutz maßgebenden Mitarbeiterzahl Auslandsmitarbeiter grundsätzlich nicht hinzugerechnet werden, da das KSchG nur auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beschränkt ist.[42] Dagegen bleibt der individuelle Kündigungsschutz eines Mitarbeiters bei seiner Auslandsentsendung anwendbar, wenn auf das Arbeitsverhältnis deutsches Arbeitsrecht zur Anwendung kommt.[43] Bei der im Ausland zulässigen Arbeitszeit ist wieder zu berücksichtigen, dass das ArbZG wegen des Territorialprinzips im Ausland nicht zur Anwendung kommt.[44] Eine Ausnahme besteht allerdings dann, wenn für den Auslandseinsatz die in Deutschland geltenden Arbeitszeiten vereinbart werden. Die Befristung eines Auslandsarbeitsverhältnisses auch außerhalb des TzBfG ist regelmäßig dann wirksam, wenn sie dazu dient, den deutschen Sozialversicherungsschutz nach § 4 SGB IV zu erhalten.[45]

Eine Vereinbarung über die Rückzahlung von Reisekosten bei einer vorzeitigen Beendigung des Auslandsaufenthaltes, ist nach den §§ 305 ff BGB nur eingeschränkt

[38] vgl. BAG NZA 1990, 571.
[39] vgl. BAG NZA 1992, 321.
[40] vgl. BAG NZA 1991, 386.
[41] vgl. hierzu BAG NZA 1991, 386; BAG NZA 1992, 321; ferner Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 11 Rn. 43–48.
[42] vgl. BAG DB 1998, 83.
[43] vgl. BAG DB 1999, 807; ferner Reiserer NZA 1994, 673.
[44] vgl. BAG NZA 1991, 386.
[45] vgl. BAG NZA 2005, 1411.

zulässig. Bereits 1981 hat das LAG Frankfurt entschieden, dass bei einer fristgerechten Kündigung des Arbeitnehmers eine Verpflichtung zur Rückerstattung der Reisekosten nur im Falle einer Vereinbarung und dann auch nur maximal in Höhe eines Monatsgehaltes besteht.[46] Befristet im Ausland tätige Mitarbeiter dürfen von einer betrieblichen Altersversorgungsregelung dann ausgenommen werden, wenn sie anders als die im Inland tätigen Kollegen im Ausland Zulagen, Tantiemen oder sonstige Vergünstigungen erhalten.[47] Bei einer Betriebsverlagerung ins Ausland außerhalb der EU (hier von Deutschland in die Schweiz) findet § 613 a BGB mit der Folge Anwendung, dass Kündigungsschutz in Deutschland besteht. Sofern bei der Übertragung des Arbeitsverhältnisses ins Ausland der Vertragsstatus des ausländischen Staates zur Anwendung kommt, besteht allerdings kein Inhaltsschutz nach § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB. Welche Rechte nach Vollzug des Betriebsübergangs zur Anwendung kommen, ist daher nach der Rechtsordnung des ausländischen Staates zu entscheiden.[48] Das arbeitsvertragliche Fürsorgeprinzip und damit die Verantwortlichkeit des Arbeitgebers besteht gerade auch bei einem Einsatz von Arbeitnehmern außerhalb der Landesgrenzen – insbesondere in Krisengebieten – fort. Beschäftigte dürfen ihre Arbeitsleistung verweigern, solange sie nicht hinreichend geschützt sind, § 273 BGB. Verletzte der Arbeitgeber seine Fürsorgepflicht im Ausland schuldhaft, macht er sich nach § 280 BGB schadenersatzpflichtig.[49] Dies gilt insbesondere bei einem gesteigerten Sicherheitsbedürfnis von Beschäftigten im Falle des Einsatzes in Krisengebieten.[50]

[46] vgl. LAG Frankfurt DB 1982, 656.

[47] vgl. BAG vom 21. August 2007 – 3 AZR 269/06.

[48] vgl. BAG vom 26. Mai 2011 – 8 AZR 237/10.

[49] vgl. BAG NZA 2007, 1154; BAG NZA 2009, 38.

[50] vgl. Edenfeld NZA 2009, 938.

1. Primärrechtliche Kompetenznorm Art. 81 Abs. 1 u. 2 AEUV	- Regelungen über die in den Mitgliedsstaaten geltenden Kollisionsnormen (c) - Vorschriften zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten (c)
2. Ziel: Erhaltung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Erwägungsgründe 1 und 6)	- Bei Zivilsachen mit grenzüberschreitendem Bezug, sollen Maßnahmen erlassen werden, die für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich sind. - Die geltenden Kollisionsnormen sollen unabhängig vom jeweiligen Staat durch dasselbe Recht bestimmbar sein. - Der Ausgang von Rechtsstreitigkeiten soll vorhersehbar und die Sicherheit in Bezug auf das anzuwendende Recht gewährleistet sein.
3. Anwendungsbereich (Art. 1)	- für vertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen, - die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen
4. Grundsatz der freien Rechtswahl (Art. 3)	- Vertrag unterliegt grundsätzlich dem von den Parteien gewählten Recht, - die Rechtswahl muss ausdrücklich erfolgen oder sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrages oder aus den Umständen des Falles ergeben, - Einschränkung der freien Rechtswahl bei Individualarbeitsverträgen, Art. 8
5. Spezialregelungen für Individualarbeitsverträge (Art. 8)	- Grundsatz der freien Rechtswahl nach Art. 8 Abs. 1, - Einschränkung der freien Rechtswahl, wenn zwingende Arbeitnehmerschutzrechte entzogen werden, - Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes bei fehlender Rechtswahl, Art. 8 Abs. 2, - nachrangiger Anknüpfungspunkt Ort der Niederlassung, - Möglichkeit der näheren Rechtsanbindung nach Art. 8 Abs. 4
6. Eingriffsnorm (Art. 9)	- Vorrang einer zwingenden staatlichen Vorschrift - Einhaltung dieser Vorschrift muss als entscheidend für die Wahrung des öffentlichen Interesses des Staates, insbesondere seiner politischen, sozialen und wirtschaftlichen Organisation, angesehen werden.

Abb. 17.1 VO (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)

1. Primärrechtliche Kompetenznorm Art. 81 Abs. 1 u. 2 AEUV	- Regelungen über die in den Mitgliedsstaaten geltenden Kollisionsnormen (c) - Vorschriften zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten (c)
2. Ziel Erhaltung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Erwägungsgründe 1 und 6)	- Bei Zivilsachen mit grenzüberschreitendem Bezug, sollen Maßnahmen erlassen werden, die für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich sind. - Die geltenden Kollisionsnormen sollen unabhängig vom jeweiligen Staat durch dasselbe Recht bestimmbar sein. - Der Ausgang von Rechtsstreitigkeiten soll vorhersehbar und die Sicherheit in Bezug auf das anzuwendende Recht gewährleistet sein.
3. Anwendungsbereich (Art. 1)	- außervertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen, - die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen
4. Außervertragliche Schuldverhältnisse (Art. 2)	- Ansprüche aus unerlaubter Handlung, - Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung, - Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag, - Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen
5. Grundsatz (Art. 4)	- Bei unerlaubter Handlung findet das Recht des Staates Anwendung, in dem der Schaden eintritt. - Dies gilt unabhängig davon, in welchem Staat das schadensbegründende Ereignis eingetreten ist.
6. Spezialregelungen für Schäden in Folge von Arbeitskampfmaßnahmen (Art. 9)	- Ausnahme für die Haftung von Personen oder Organisationen bei Arbeitskampfmaßnahmen - Für Schäden aus Arbeitskampfmaßnahmen ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem die Arbeitskampfmaßnahme erfolgen soll oder erfolgt ist. - Das Recht des Staates, in dem der Schaden eintritt, ist grundsätzlich ohne Bedeutung.

Abb. 17.2 VO (EG) Nr. 864/2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II)

Kollisionsrecht hinsichtlich des Gerichtsstands

18

► Verordnung (EG) Nr. 44/2001 (EuGVVO)[1] (siehe Abb. 18.1)

Von der im vorangegangenen Kapitel behandelten Frage der Rechtswahl zu unterscheiden ist die Bestimmung des zuständigen Gerichts. Die Rechtswahl betrifft die Bestimmung der auf den Rechtsstreit anzuwendenden Normen, während die Bestimmung des zuständigen Gerichts allein die Frage der für den Rechtsstreit zuständigen Gerichtsinstanz zum Inhalt hat. Die Bestimmung der nationalen Rechtsordnung bedeutet nicht notwendigerweise, dass auch die Gerichte des Mitgliedsstaates, dessen Rechtsordnung anzuwenden ist, den Rechtsstreit zu entscheiden haben. Die Anwendung einer fremden Rechtsordnung gehört in bestimmten Rechtsgebieten – z. B. Familienrecht oder internationales Handelsrecht – zum Alltagsgeschäft der deutschen Gerichte.

Grundsätzlich richtet sich die Frage nach der internationalen Zuständigkeit eines inländischen Gerichts für Arbeitssachen nach den allgemeinen Regelungen. Danach führt die Bejahung der örtlichen Zuständigkeit eines Arbeitsgerichts – z. B. nach § 17 oder 29 ZPO – regelmäßig auch zur internationalen Zuständigkeit.[2] Ist ein Gericht nach allgemeinen Regelungen örtlich zuständig, so ist es unerheblich, ob es sich um einen Sachverhalt mit Auslandsbezug handelt.[3] Die allgemeinen Regelungen über die internationale Zuständigkeit sind nunmehr von den Regelungen der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO) verdrängt worden. Die EuGVVO ihrerseits löst das 1968 in Brüssel verabschiedete EuGVÜ – auch Brüsseler Abkommen genannt – ab.

[1] ABl. 2001 Nr. L 12 S. 1, ber. ABl. Nr. L 307 S. 28 und ABl. 2010 Nr. L 328 S. 36.

[2] vgl. BAG NZA 1995, 1191; BAG NZA 2003, 339; Thüsing NZA 2003, 1309; ders. Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 11 Rn. 33.

[3] vgl. Thüsing a. a. O.

P. Hantel, *Europäisches Arbeitsrecht,* Springer-Lehrbuch,
DOI 10.1007/978-3-662-46894-4_18

18.1 Die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 (EuGVVO)

Die auf Art. 81 Abs. 2 AEUV basierende EuGVVO ist als Verordnung in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar. Sie geht nationalem Recht im Rang vor. Die EuGVVO gilt mit Ausnahme der in Art. 1 Abs. 2 EuGVVO ausdrücklich angegebenen Rechtsbereiche für alle Rechtsstreitigkeiten in Zivil- und Handelssachen. Während das EuGVÜ keine besonderen Bestimmungen über Arbeitsverhältnisse enthielt, enthalten die Art. 18–21 EuGVVO kompetenzrechtliche Zuständigkeitsbestimmungen.

18.1.1 Zuständigkeit bei Ansprüchen aus Arbeitsverträgen

Sofern ein individueller Arbeitsvertrag oder Ansprüche aus einem individuellen Arbeitsvertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden, bestimmt sich die Zuständigkeit nach Art. 19–21 EuGVVO. Die maßgebenden Gerichtsstands-regelungen lauten wie folgt:

Art. 19 (Arbeitgebergerichtsstand)
Ein Arbeitgeber, der seinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaates hat, kann verklagt werden:

1. *vor den Gerichten des Mitgliedsstaates, in dem er seinen Wohnsitz hat oder*
2. *in einem anderen Mitgliedsstaat*
   a. *vor dem Gericht des Ortes, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet oder zuletzt gewöhnlich verrichtet hat oder*
   b. *wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich nicht in ein und demselben Staat verrichtet oder verrichtet hat, vor dem Gericht des Ortes, an dem sich die Niederlassung, die den Arbeitnehmer eingestellt hat, befindet bzw. befand.*

Art. 20 (Arbeitnehmergerichtsstand)

1. *Die Klage des Arbeitgebers kann nur vor Gerichten des Mitgliedsstaates erhoben werden, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer seinen Wohnsitz hat.*
2. *Die Vorschriften dieses Abschnitts lassen das Recht unberührt, eine Widerklage vor dem Gericht zu erheben, bei dem die Klage selbst gemäß den Bestimmungen dieses Abschnitts anhängig ist.*

Art. 21 (Gerichtsstandsvereinbarung)
Von den Vorschriften dieses Abschnitts kann im Wege der Vereinbarung nur abgewichen werden,

1. *wenn die Vereinbarung nach der Entstehung der Streitigkeit getroffen wird oder*
2. *wenn sie dem Arbeitnehmer die Befugnis einräumt, andere als die in diesem Abschnitt angeführten Gerichte anzurufen.*

Aktive Klagen gegen den Arbeitgeber können daher zusätzlich zum Gerichtsstand des Wohnsitzes des Arbeitgebers auch am gewöhnlichen Arbeitsort und mangels dessen, am Gerichtsstand der Einstellungsniederlassung erhoben werden, Art. 19 EuGVVO. Nach Art. 19 Nr. 1 EuGVVO kann ein Arbeitnehmer vor den Gerichten des Mitgliedsstaates einen Arbeitgeber verklagen, in dem dieser seinen Wohnsitz hat. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung setzt voraus, dass Gegenstand des Ver-

fahrens ein individueller Arbeitsvertrag oder Ansprüche aus einem individuellen Arbeitsvertrag sind. Gesellschaften und juristische Personen haben ihren Wohnsitz an dem Ort, an dem sich ihr satzungsmäßiger Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung befindet, Art. 60 Abs. 1 EuGVVO. Zudem bestimmt Art. 18 Abs. 2 EuGVVO, dass derjenige Arbeitgeber, der mit dem Arbeitnehmer einen individuellen Arbeitsvertrag geschlossen hat und der im Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaates eine Zweigniederlassung, Agentur oder sonstige Niederlassung besitzt, für Streitigkeiten aus deren Betrieb so behandelt wird, als hätte er seinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet des Mitgliedsstaates. Für diesen Fall setzt die EuGVVO eine Niederlassung dem Wohnsitz gleich. Damit kann nach Art. 19 Nr. 1 EuGVVO der nicht in einem Mitgliedsstaat ansässige Arbeitgeber gleichwohl da verklagt werden, wo er seine Niederlassung hat, sofern Streitigkeiten aus diesem Betrieb vorliegen.[4] Für Klagen des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer ist hingegen der Gerichtsstand am Wohnsitz des Arbeitnehmers, Art. 20 EuGVVO.[5] Besonders problematisch sind Gerichtsstandsvereinbarungen zu Gunsten eines Arbeitgebers. Eine vom Arbeitnehmergerichtsstand abweichende Vereinbarung ist nach Art. 21 EuGVVO nur dann wirksam, wenn diese Vereinbarung nach der Entstehung der Streitigkeit getroffen wird oder sie dem Arbeitnehmer die Befugnis einräumt, andere als die in diesem Abschnitt angeführten Gerichte anzurufen. Insoweit dürfte eine Gerichtsstandsvereinbarung zu Gunsten eines Arbeitgebers in aller Regel nach Art. 21 EuGVVO unwirksam sein.[6]

Nach der Entstehungsgeschichte und Sinn und Zweck der EuGVVO handelt es sich um eine Schutzvorschrift zu Gunsten der Arbeitnehmer. Bereits zu der alten Vorschrift des Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ – das wie ausgeführt keine Sonderregelungen für das Arbeitsrecht enthielt – wies der EuGH darauf hin, dass die Regelung dem Arbeitnehmer als der sozial schwächeren Partei einen angemessen Schutz gewährleisten soll und dass ein solcher Schutz besser gewährleistet ist, wenn für Streitigkeiten im Zusammenhang mit einem Arbeitsvertrag das Gericht des Ortes zuständig ist, an dem der Arbeitnehmer seine Verpflichtungen gegenüber seinem Arbeitgeber erfüllt, da sich der Arbeitnehmer an diesem Ort mit dem geringsten Kostenaufwand an die Gerichte wenden oder sich vor Ihnen als Beklagter zur Wehr setzen kann.[7] Entsprechend diesen Grundsätzen hatte der EuGH entschieden, dass bei einem im Hoheitsgebiet mehrerer Vertragsstaaten erfüllten Arbeitsvertrag die Notwendigkeit bestehe, den Ort zu bestimmen, mit dem der Rechtsstreit die engste Verbindung aufweist, um so das zur Entscheidung des Rechtsstreits aufgrund seiner Lage am besten geeignete Gericht zu bestimmen. Nur so könne dem Arbeitnehmer als der sozial schwächeren Partei ein angemessener Schutz gewährleistet und eine Häufung von Gerichtsständen vermieden werden.[8] Es sei daher allein der Ort entscheidend, an dem der Arbeitnehmer den größten Teil seiner Arbeitszeit geleistet hat, sofern sich

[4] vgl. BAGE 125, 24; BAG RIW 2013, 804.

[5] vgl. Thüsing a. a. O., S. 339; Riesenhuber a. a. O., S. 158.

[6] vgl. Mahamdia EuGH NZA 2012, 935.

[7] vgl. Weber EuGH NZA 2002, 459.

[8] vgl. LAG Düsseldorf vom 28.05.2009, 13 Sa 1492/08; ferner Weber EuGH NZA 2002, 459.

nicht doch eine engere Verknüpfung mit einem anderen Arbeitsort ergebe.[9] Somit ist auch bei der Anwendung der EuGVVO immer zu berücksichtigen, dass diese Regelung eine Schutzvorschrift zu Gunsten der Arbeitnehmer darstellt. Der EuGH neigt dazu, in Streitfällen den Gerichtsstand als ausschließlich anzunehmen, an dem es dem Arbeitnehmer am leichtesten möglich ist, seine Rechte wahrzunehmen und durchzusetzen.

18.1.2 Zuständigkeit bei Ansprüchen aus unerlaubter Handlung

Im Zusammenhang mit möglichen Ansprüchen aus unerlaubter Handlung wegen Arbeitskampfmaßnahmen ist Art. 5 Nr. 3 EuGVVO von Bedeutung. Die hierfür besondere Gerichtsstandsregelung lautet wie folgt:

Art. 5 (Besonderer Gerichtsstand)

Eine Person, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaates hat, kann in einem anderen Mitgliedsstaat verklagt werden:

1. ...
2. ...
3. *wenn eine unerlaubte Handlung oder eine Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, oder wenn Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden, vor dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht;*

…

Grundsätzlich kann eine Klage bei unerlaubter Handlung daher nicht nur am Arbeitskampfort, sondern auch vor dem Gericht des Ortes erhoben werden, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist.[10] Dies kann der Ort sein, an dem die durch den Streik in einem anderen Mitgliedsstaat verursachten finanziellen Verluste eingetreten sind.[11] Der EuGH hat in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass bei einem Streikaufruf gegen ein Fährschiff - das zwischen Schweden und dem Vereinigten Königreich verkehrt - dieser Ort aber nicht in jedem Fall der Flaggenstaat, also der Ort des Schiffes selbst sein muss. Vielmehr sind alle Umstände des Streikaufrufs und der Schadensentstehung bei der Bestimmung des Gerichtsstandes im Zusammenhang mit Art. 5 Nr. 3 EuGVVO zu berücksichtigen.[12]

---

[9] vgl. EuGH a. a. O.

[10] vgl. Deinert, ZESAR 2012, 311; ferner Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 5 Rn. 4.

[11] vgl. Deinert a. a. O.

[12] vgl. EuGH DFDS Torline A/S Slg. 2004 I, S. 1417.

18.2 Praktische Fallbeispiele

18.2.1 Fall LAG Düsseldorf vom 28.05.2009, 13 Sa 1492/08

Der Kläger ist deutscher Staatsangehöriger und als Binnenschiffer/Matrose bei der Beklagten, einem Unternehmen der J. Reederei-Gruppe beschäftigt. Die Reederei hat ihren Sitz in Luxemburg. Sie unterhält dort ein Büro, in welchem vier Mitarbeiter die Aufgaben der Personalverwaltungs- und Buchhaltungstätigkeit wahrnehmen. Grundlage des Arbeitsverhältnisses bildet ein im Luxemburger Büro unterzeichneter Arbeitsvertrag von Dezember 2003. Der Geschäftsführer der Beklagten erbringt einen Teil seiner Tätigkeit im Luxemburger Büro, den anderen Teil einem Konzernunternehmen in Duisburg. Die Beklagte bereedert Binnenschiffe, welche im Eigentum der deutschen Konzernmutter stehen. Die Schiffe fahren unter deutscher Flagge. Die Beklagte ist nach luxemburgischen Recht Inhaberin der Ausrüsterbescheinigung, welche sie berechtigt, das Schiff mit Personal nach luxemburgischen Recht zu besetzen. Der Kläger war auf einem Schubschiff eingesetzt, welches im sog. „Continue-Betrieb" den Rhein zwischen Duisburg und Rotterdam befuhr. Der Rhein fließt auf dieser Strecke zu 1/3 und zu 2/3 auf niederländischem Staatsgebiet. Im „Continue-Betrieb" schiebt das Schubschiff mit Erz beladene Leichter von Rotterdam nach Duisburg, liefert diese ab, nimmt leere Leichter auf und schiebt diese zurück nach Rotterdam und so fort. Dabei fährt das Schubschiff rund um die Uhr. Landgänge der Besatzung finden nicht statt. An Bord befinden sich jeweils drei Besatzungen, die im Schichtbetrieb tätig sind. Die Arbeitnehmer haben im Wechsel jeweils zwei Wochen Dienst und sodann zwei Wochen frei.

Aufgrund einer Anweisung der Beklagten haben sich die Arbeitnehmer zu Beginn der zweiwöchigen Arbeitsschicht zunächst um 11:00 Uhr an einer Bäckerei im Duisburger Hauptbahnhof einzufinden. Von dort wird telefonisch erfragt, wo sich das Schiff gerade befindet und sodann verabredet, an welcher Stelle der Wechsel der Schiffsbesatzungen stattfinden soll. Zwischen Duisburg und Rotterdam existieren etwa 15 bis 20 Haltepunkte, an denen ein Wechsel der Schiffsbesatzung möglich ist. Mit einem von der Beklagten bezahlten Taxi fahren die Arbeitnehmer dann zu der verabredeten Stelle und gehen an Bord. Teilweise reist auch einer der Arbeitnehmer mit einem beklagtenseits gestellten Leihfahrzeug zum Duisburger Hauptbahnhof an, nimmt die Kollegen dort auf und fährt mit ihnen zur verabredeten Stelle. Die von Bord gehende Besatzung wiederum fährt mit dem Taxi beziehungsweise dem Leihwagen zum Duisburger Hauptbahnhof. Die Beklagte hat den Duisburger Hauptbahnhof als Treffpunkt ausgewählt, weil er bezogen auf die Orte, an denen auf der Rheinstrecke zwischen Duisburg und Rotterdam ein Wechsel der Schiffsbesatzungen möglich ist, für die aus dem ganzen Bundesgebiet anreisenden Arbeitnehmer am verkehrsgünstigsten gelegen ist. Betriebsversammlungen der Beklagten fanden ebenfalls in Duisburg statt. Auf den Schubschiffen wurde ausschließlich deutsch gesprochen.

Nachdem die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers gekündigt hat, erhob dieser beim Arbeitsgericht Duisburg Kündigungsschutzklage. Das Arbeitsgericht Duisburg hat die Klage mangels deutschen Gerichtsstandes als unzulässig abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das LAG Düsseldorf das Urteil aufgehoben.

Das LAG Düsseldorf geht von einer internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit nach Art. 19 Nr. 2 a EuGVVO aus. Danach ist die Klage eines Arbeitnehmers auch vor dem Gericht des Ortes in einem anderen Mitgliedsstaat als dem Sitz des Arbeitgebers zulässig, wenn der Arbeitnehmer dort gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Das Gericht legt den Begriff des gewöhnlichen Arbeitsortes aufgrund der Arbeitnehmerschutzwirkung so aus, dass es dem Arbeitnehmer an diesem Ort möglich sein muss, am besten seine Interessen wahrzunehmen.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Die Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit folgt aus Art. 19 Nr. 2 a EuGVVO. Danach ist die Klage eines Arbeitnehmers auch vor dem Gericht des Ortes in einem anderen Mitgliedstaat als dem des Sitzes des Arbeitgebers zulässig, wenn der Arbeitnehmer dort gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Die Vorschrift regelt neben der internationalen zugleich auch die örtliche Zuständigkeit. Die Verordnung hat weitgehend das Brüsseler Abkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968 (Brüssel I-Übereinkommen oder EuGVÜ genannt) ersetzt. (Rn. 24)
2. Schon während der Geltung des EuGVÜ wurden als Ausfluss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs Regelungen in dieses aufgenommen, die Arbeitnehmerinteressen Rechnung tragen sollten. Die EuGVVO hat dieses Schutzsystem ausgebaut. (Rn. 26)
3. Der Begriff des gewöhnlichen Arbeitsortes ist weder in der EuGVVO noch in der Vorgängerregelung definiert. Aus der geschilderten Entstehungsgeschichte und dem Sinn und Zweck der Norm ergibt sich, dass es sich um eine Schutzvorschrift zugunsten der Arbeitnehmer handelt. Bei einem im Hoheitsgebiet mehrerer Vertragsstaaten erfüllten Arbeitsvertrag ist die Zuständigkeitsregelung so auszulegen, dass sie sich auf den Ort bezieht, an dem oder von dem aus der Arbeitnehmer unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls den wesentlichen Teil seiner Verpflichtungen gegenüber seinem Arbeitgeber tatsächlich erfüllt. (Rn. 27)
4. Die EuGVVO geht dabei davon aus, dass der Arbeitnehmer dort, wo er arbeitet, auch mit dem geringsten Kostenaufwand die Gerichte anrufen kann, und will ihm deshalb dort den Gerichtsstand eröffnen. Der gewöhnliche Arbeitsort ist vor diesem Hintergrund zu suchen. Das maßgebliche Kriterium, das zur Bestimmung des gewöhnlichen Arbeitsorts heranzuziehen ist, ist grundsätzlich der Ort, an dem der Arbeitnehmer den größten Teil seiner Arbeitszeit für den Arbeitgeber geleistet hat. Anders verhält es sich jedoch, wenn angesichts der tatsächlichen Umstände des jeweiligen Einzelfalls der Gegenstand des Rechtsstreits engere Verknüpfungen mit einem anderen Arbeitsort aufweist; in einem solchen Fall ist dieser Ort maßgeblich. (Rn. 27)
5. Danach liegt der gewöhnliche Arbeitsort des Klägers in Deutschland. Von dort aus geht er seiner Arbeit nach. Zwar liegen zwei Drittel der Fahrstrecke des Schubschiffs auf niederländischem Hoheitsgebiet. Arbeitsgerichte

befinden sich jedoch nicht auf Flüssen, sondern an Land. Zwar mag man bei der Ermittlung des gewöhnlichen Arbeitsortes von Binnenschiffern die Frage stellen, im Territorialsockel welchen Staates das befahrene Gewässer gelegen ist. Die Verbindung des Klägers mit dem niederländischen Festland ist aber ausschließlich „schwimmend" und damit eine im Hinblick auf die vorzunehmende Betrachtung nur äußerst lose. Während der zweiwöchigen Arbeitsschicht betritt er das niederländische Festland allenfalls, wenn der Wechsel der Schiffsbesatzung von dort aus stattfindet. Jedoch tritt der Kläger auch in diesen Fällen auf Anweisung der Beklagten die Arbeit von Duisburg aus an. (Rn. 30, 31)

6. Zudem wurde Duisburg aus sozialen Gründen zum Treffpunkt für die Arbeitnehmer bestimmt. Konsequenterweise wurden in Duisburg und nicht etwa in Luxemburg oder auf niederländischem Staatsgebiet die Betriebsversammlungen abgehalten. Damit besteht eine bedeutende Verbindung zwischen den vertraglichen Pflichten des Klägers und Duisburg. Hintergrund ist gerade die im Vergleich zur übrigen Fahrstrecke bessere Erreichbarkeit von Duisburg. Auf dieses Kriterium der Erreichbarkeit stellt die EuGVVO bei dem Merkmal des gewöhnlichen Arbeitsortes gerade entscheidend ab. (Rn. 31)
7. Die Auffassung, der Kläger könne dort klagen, wo er die meiste Zeit gearbeitet habe, nämlich in den Niederlanden, vernachlässigt den Umstand, dass die von Art. 19 Nr. 2 a EuGVVO geforderte Verbindung des (mit der Arbeitsleistung zusammenhängenden) Umfelds des Klägers mit dem niederländischen Staatsgebiet mangels Landgang nicht existiert. (Rn. 31)
8. Außerdem fährt das Schubschiff, auf welchem der Kläger eingesetzt wurde, unter deutscher Flagge. Die Schiffsflagge stellt ein Erkennungszeichen für die staatliche Zuordnung eines Schiffes dar. Die deutsche Bundesflagge dürfen nur Schiffe führen, deren Eigner Deutsche sind bzw. juristische Personen, bei denen Deutsche die Mehrheit im Vorstand oder in der Geschäftsführung stellen. Damit bilden solche Schiffe zwar keinen Teil des deutschen Hoheitsgebiets, es ist jedoch ein weiterer Anhaltspunkt dafür, dass der gewöhnliche Arbeitsort des Klägers einen größeren Bezug zum deutschen Staatsgebiet hat, obwohl das Schiff sich die meiste Zeit auf niederländischem Hoheitsgebiet bewegt. (Rn. 32)

18.2.2 Fall Mahamdia EuGH NZA 2012, 935[13]

Der Kläger ist deutscher und algerischer Staatsangehöriger und war bei der algerischen Botschaft in Berlin als Kraftfahrer jeweils befristet über mehrere Jahre beschäftigt. Er machte zudem geltend, im erheblichen Umfang Übersetzungstätigkeiten für die Botschaft erbracht zu haben. Er verklagte seinen Arbeitgeber, die Demokratische Volksrepublik Algerien, vor dem Arbeitsgericht Berlin auf Bezahlung von Überstunden, welche er in den zurückliegenden Jahren geleistet habe. Nach

[13] siehe auch NJW 2013, 446.

einer ausgesprochenen Kündigung erweiterte er die Klage um einen Kündigungsschutzantrag. Das LAG Berlin-Brandenburg ging entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts davon aus, dass weder die Kraftfahrtätigkeit noch etwaige Übersetzungstätigkeit als hoheitliche Aufgaben angesehen werden können. Damit sei der Rechtsstreit der deutschen Gerichtsbarkeit mit Blick auf die diplomatische Tätigkeit der Botschaft nicht entzogen. Das Gericht legte dem EuGH aber die Frage vor, ob die im Arbeitsvertrag vereinbarte Gerichtsstandsklausel, welche die ausschließliche Zuständigkeit der algerischen Gerichtsbarkeit begründete, mit der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vereinbar sei.

Der EuGH stellte zunächst fest, dass der Rechtsstreit dem Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 unterfalle, da nach Einschätzung des vorlegenden Gerichts die diplomatische Vertretung in Bezug auf das im Streit stehende Rechtsverhältnis keine hoheitlichen Aufgaben wahrgenommen habe. Der völkergewohnheitsrechtliche Grundsatz der Staatenimmunität bestehe in der internationalen Praxis nicht absolut und komme nicht zur Anwendung, wenn keine hoheitlichen Befugnisse wahrgenommen werden. Daher sei auch die im Arbeitsvertrag vereinbarte Gerichtsstandsklausel, welche die ausschließliche Zuständigkeit der algerischen Gerichtsbarkeit begründete, aufgrund der eindeutigen Regelung des Art. 21 Nr. 2 Verordnung (EG) Nr. 44/2001 unwirksam. Nach der vorgenannten Regelung darf eine Gerichtsstandsvereinbarung nur prorogieren nicht aber derogieren. Gerichtsstandsvereinbarungen können daher Rechte der Arbeitnehmer nur erweitern, nicht aber einschränken. Daher hielt der EuGH die Gerichtsstandsvereinbarung insoweit aufrecht, als sie es dem Arbeitnehmer ermöglichte, zusätzliche in Algerien zu klagen.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Die Verordnung Nr. 44/2001, die die Vorschriften für die Bestimmung der Zuständigkeit der Gerichte der Mitgliedstaaten aufstellt, ist mit Ausnahme einiger ausdrücklich in dieser Verordnung angegebenen Rechtsbereiche auf alle Rechtsstreitigkeiten in Zivil- und Handelssachen anwendbar. Kapitel II Abschn. 5 der Verordnung Nr. 44/2001, der die Art. 18 bis 21 umfasst, enthält die Zuständigkeitsvorschriften für Rechtsstreitigkeiten, die individuelle Arbeitsverträge zum Gegenstand haben. (Rn. 38)
2. Was den räumlichen Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 44/2001 angeht, ergibt sich aus ihrem zweiten Erwägungsgrund, dass diese Verordnung die Vorschriften der Mitgliedstaaten über die Zuständigkeit vereinheitlichen soll, und zwar nicht nur für Rechtsstreitigkeiten innerhalb der Union, sondern auch für solche mit einem über die Union hinausweisenden Bezug, damit die Hemmnisse für das Funktionieren des Binnenmarktes, die sich aus den bestehenden Unterschieden der einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften ergeben können, beseitigt werden. (Rn. 39)
3. Die Verordnung Nr. 44/2001, insbesondere Kap. II mit seinem Art. 18, enthält nämlich ein Regelwerk, das ein umfassendes System bildet und dessen Vorschriften nicht nur für die Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten gelten,

sondern auch für die Beziehungen zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat. (Rn. 40)

4. Insbesondere wird nach Art. 18 Abs. 2 der Verordnung Nr. 44/2001 der Arbeitgeber, mit dem der Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag geschlossen hat, wenn er seinen Sitz außerhalb der Europäischen Union hat, aber in einem Mitgliedstaat eine Zweigniederlassung, Agentur oder sonstige Niederlassung besitzt, für die Bestimmung des zuständigen Gerichts so behandelt, wie wenn er seinen Sitz im Hoheitsgebiet dieses Staates hätte. (Rn. 41)
5. Um die volle Wirksamkeit dieser Verordnung und insbesondere ihres Art. 18 zu gewährleisten, ist eine autonome und damit allen Staaten gemeinsame Auslegung der in ihr enthaltenen Rechtsbegriffe geboten. Für Rechtsstreitigkeiten über Arbeitsverträge enthält Kap. II Abschn. 5 der Verordnung Nr. 44/2001 eine Reihe von Vorschriften, die, wie aus dem 13. Erwägungsgrund der Verordnung hervorgeht, den Arbeitnehmer als die schwächere Vertragspartei durch Zuständigkeitsvorschriften schützen sollen, die für ihn günstiger sind. (Rn. 42, 43, 44)
6. Es soll dem Arbeitnehmer insbesondere ermöglicht werden, seinen Arbeitgeber vor dem Gericht zu verklagen, das ihm seiner Ansicht nach am nächsten steht, indem ihm die Befugnis einräumen wird, vor einem Gericht des Staates zu klagen, in dem er seinen Wohnsitz hat, oder des Staates, in dem er gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, oder auch des Staates, in dem sich die Niederlassung des Arbeitgebers befindet. Die Bestimmungen des genannten Abschnitts beschränken außerdem die Möglichkeit für den Arbeitgeber, der gegen den Arbeitnehmer klagt, den Gerichtsstand zu wählen, sowie die Möglichkeit, von den Zuständigkeitsvorschriften der Verordnung abzuweichen. (Rn. 45, 46)
7. Bei der Auslegung der genannten Begriffe „Zweigniederlassung", „Agentur" und „sonstige Niederlassung" sind zwei unterschiedliche Kriterien zu berücksichtigen. Erstens setzt der Begriff „Zweigniederlassung", „Agentur" oder „sonstige Niederlassung" voraus, dass es einen Mittelpunkt geschäftlicher Tätigkeit gibt, der auf Dauer als Außenstelle eines Stammhauses hervortritt. Dieser Mittelpunkt muss eine Geschäftsführung haben und sachlich so ausgestattet sein, dass er in der Weise Geschäfte mit Dritten betreiben kann, dass diese sich nicht unmittelbar an das Stammhaus zu wenden brauchen. Zweitens muss der Rechtsstreit entweder Handlungen betreffen, die sich auf den Betrieb dieser Einheiten beziehen, oder Verpflichtungen, die diese im Namen des Stammhauses eingegangen sind, wenn die Verpflichtungen in dem Staat zu erfüllen sind, in dem sich die Einheiten befinden. (Rn. 48)
8. Dabei ist zunächst zu beachten, dass die Aufgaben einer Botschaft, wie aus Art. 3 des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen hervorgeht, im Wesentlichen darin bestehen, den Entsendestaat zu vertreten, dessen Interessen zu schützen und die Beziehungen zum Empfangsstaat zu fördern. Bei der Wahrnehmung dieser Aufgaben kann die Botschaft wie jede andere öffentliche Einrichtung *iure gestionis* handeln und zivilrechtliche Rechte und Pflichten erwerben bzw. übernehmen, namentlich aufgrund privatrechtlicher Verträge. Das ist der Fall, wenn sie Arbeitsverträge mit Personen schließt, die keine hoheitlichen Aufgaben verrichten. (Rn. 49)

9. Daher ist eine Botschaft, soweit es um Arbeitsverträge geht, die sie im Namen des Staates geschlossen hat, eine „Niederlassung" im Sinne von Art. 18 Abs. 2 der Verordnung Nr. 44/2001, wenn die Aufgaben der Arbeitnehmer, mit denen sie diese Verträge geschlossen hat, zur wirtschaftlichen Betätigung der Botschaft im Empfangsstaat gehören. (Rn. 52)
10. Die allgemein anerkannten Grundsätze des Völkerrechts auf dem Gebiet der Befreiung von der Gerichtsbarkeit schließen es aus, dass ein Staat in einem Rechtsstreit wie dem des Ausgangsverfahrens vor dem Gericht eines anderen Staates verklagt wird. Eine solche Staatenimmunität ist völkerrechtlich verankert und stützt sich auf den Grundsatz *par in parem non habet imperium*, wonach ein Staat nicht der Gerichtsbarkeit eines anderen Staates unterworfen werden kann. (Rn. 54)
11. Diese Immunität gilt beim gegenwärtigen Stand der internationalen Praxis nicht absolut, sie ist dann allgemein anerkannt, wenn der Rechtsstreit *acta iure imperii* betrifft. Sie kann hingegen ausgeschlossen sein, wenn sich der gerichtliche Rechtsbehelf auf *acta iure gestionis* bezieht, die nicht unter die hoheitlichen Befugnisse fallen. (Rn. 55)
12. In Anbetracht des Inhalts dieses völkergewohnheitsrechtlichen Grundsatzes der Staatenimmunität ist daher festzustellen, dass er der Anwendung der Verordnung Nr. 44/2001 auf einen Rechtsstreit, in dem ein Arbeitnehmer eine Vergütung begehrt und sich gegen die Kündigung seines mit einem Staat geschlossenen Arbeitsvertrags wehrt, nicht entgegensteht, wenn das angerufene Gericht feststellt, dass die von diesem Arbeitnehmer verrichteten Aufgaben nicht unter die Ausübung hoheitlicher Befugnisse fallen, oder wenn die Klage nicht mit den Sicherheitsinteressen des Staates kollidieren kann, was vorliegend der Fall ist. (Rn. 56)
13. Art. 21 der Verordnung Nr. 44/2001 beschränkt die Möglichkeit für die Parteien eines Arbeitsvertrags, eine Gerichtsstandsvereinbarung zu treffen. So muss eine solche Vereinbarung nach Entstehung des Rechtsstreits getroffen werden oder, wenn sie vorher getroffen wird, dem Arbeitnehmer die Befugnis einräumen, andere Gerichte anzurufen als diejenigen, die nach den genannten Bestimmungen zuständig sind. (Rn. 61)
14. Unter Berücksichtigung des Regelungszwecks des Art. 21 der Verordnung Nr. 44/2001 kann eine Vereinbarung somit nicht den Ausschluss eines Gerichtsstandes, sondern nur die erweiterte Befugnis des Arbeitnehmers als schwächere Vertragspartei, unter mehreren zuständigen Gerichten frei zu wählen, zum Inhalt haben. Folglich kann diese Bestimmung nicht dahin ausgelegt werden, dass eine Gerichtsstandsvereinbarung ausschließlich gilt und somit dem Arbeitnehmer verbietet, die Gerichte anzurufen, die nach den Art. 18 und 19 zuständig sind. (Rn. 62, 63)

18.2.3 Fall DFDS Torline A/S EuGH Slg. 2004, I-1417[14]

Die DFDS Torline ist eine dänische Reederei, die mit dem Schiff Tor Caledonia – das im dänischen internationalen Schiffregister eingetragen ist und dänischem Recht unterliegt – die Fährstrecke zwischen Göteborg (Schweden) und Harwich (Vereinigtes Königreich) betrieb. Die beklagte schwedische Gewerkschaft SEKO Sjöfolk Facket för Service och Kommunikation rief zu Kampfmaßnahmen gegen DFDS Torline auf, die das Verlangen nach Abschluss eines Tarifvertrages für die auf dem Schiff tätigen polnischen Seeleute unter Hinweis auf ein dänisches Rahmenabkommen abgelehnt hat. Die schwedische Transportarbeitergewerkschaft schloss sich diesem Aufruf durch eine Solidaritätsaktion an, so dass die Be- und Entladung des Schiffes in den schwedischen Häfen verhindert wurde. Der Fährverkehr zwischen Harwich und Göteborg wurde eingestellt und dann durch Anmietung eines Ersatzschiffes im verringerten Umfang wieder aufgenommen. DFDS Torline erhob daraufhin beim dänischen See- und Handelsgericht Schadenersatzklage gegen die Gewerkschaft SEKO. Der Schaden sei durch die Stilllegung der Tor Caledonia und die Anmietung eines Ersatzschiffes entstanden.

Vorab musste nach dänischem Recht über die Frage der Rechtmäßigkeit des kollektiven Streikaufrufs durch ein dänisches Arbeitsgericht entschieden werden. Im Rahmen dieses Verfahrens bestand Streit darüber, ob das dänische Gericht nach Art. 5 Nr. 3 EuGVVO zuständig sei. Danach kann eine Person, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaates hat, vor dem Gericht eines anderen Mitgliedsstaates verklagt werden, wenn eine unerlaubte Handlung Gegenstand des Verfahrens bildet und das schädigende Ereignis an diesem anderen Gerichtsort eingetreten ist. Die Gewerkschaft SEKO machte geltend, dass der Gerichtsort in Schweden liegen müsse, da von dort der Streikaufruf erfolgte. Ferner war im Streit, ob Voraussetzung für das Entstehen eines Schadens im Sinne der oben genannten Vorschrift die sichere oder wahrscheinliche Folge der betreffenden Kampfmaßnahme an sich ist oder ob es ausreiche, dass die betreffenden Maßnahmen eine notwendige Bedingung und mögliche Grundlage für die schadensverursachende Solidaritätsnorm sind. Das dänische Arbejdsret legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob der Schaden als Folge einer kollektiven Kampfmaßnahme als im Flaggenstaat des betroffenen Schiffes entstanden angesehen werden kann, wenn diese Kampfmaßnahme von der Gewerkschaft eines anderen Mitgliedsstaates organisiert wird, den das Schiff regelmäßig anläuft.

Nach Auffassung des EuGH könne bei dem vorliegenden Sachverhalt ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem DFDS Torline entstandenen Schaden und dem Aufruf der beklagten Gewerkschaft zu kollektiven Maßnahmen festgestellt werden. Es reiche aus, dass die kollektive Kampfmaßnahme eine notwendige Voraussetzung für die Solidaritätsmaßnahme einer anderen Gewerkschaft war, die den Schaden verursachen konnte.

Daher wies der EuGH darauf hin, dass Streitgegenstand des Rechtsstreits doch eine unerlaubte Handlung sein könne. Bei einer unerlaubten Handlung sei nach

[14] siehe auch BB 2004, 543.

Art. 5 Nr. 3 EuGVVO grundsätzlich zwischen dem Ort der unerlaubten Handlung und dem Ort, an dem aus diesem Ereignis ein Schaden entstanden sei, zu unterscheiden. Es sei Aufgabe der nationalen Gerichts zu entscheiden, an welchem Ort die finanziellen Verluste eingetreten seien. Obwohl bei Seearbeitsverhältnissen sich der gewöhnliche Arbeitsort nach der Flagge richtet, ist allein der Umstand, dass im vorliegenden Fall das Schiff Tor Caledonia unter dänischer Flagge fuhr, nicht ausreichend, um als Ort im Sinne von Art. 5 Nr. 3 EuGVVO angesehen zu werden, an dem der Schaden eingetreten ist. Vielmehr müssen dabei noch weitere Gesichtspunkte berücksichtigt werden, so etwa an welchem Ort Einnahmen und Ausgaben verbucht und versteuert werden.

Hintergrund des Streits über den Gerichtsstand war die unterschiedliche Rechtslage zwischen Schweden und Dänemark hinsichtlich der Zulässigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen. Das schwedische Verfassungsrecht erkennt Arbeitskampfmaßnahmen einschließlich Solidaritätsstreiks in recht weitem Umfang als zulässig an, so dass SEKO an einer Entscheidung durch schwedische Arbeitsgerichte interessiert war. Zudem war SEKO der Auffassung, dass es sich bei den Streikmaßnahmen überhaupt nicht um eine unerlaubte Handlung mit Schadensfolge handele, so dass auch unter diesem Gesichtspunkte das dänische Gericht nicht zuständig war.[15]

Die wichtigsten Leitsätze

1. Eine Haftung aus unerlaubter Handlung kommt nur in Betracht, wenn ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Schaden und dem diesem zugrunde liegenden Ereignis feststellbar ist. Bei einem Sachverhalt wie demjenigen des Ausgangsverfahrens könnte ein ursächlicher Zusammenhang zwischen den der Klägerin angeblich entstandenen Schäden und dem Aufruf der Beklagten zu kollektiven Kampfmaßnahmen festgestellt werden. Für die Anwendung von Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ (nunmehr EuGVVO) ist ausreichend, dass die kollektiven Kampfmaßnahmen eine notwendige Voraussetzung für Solidaritätsmaßnahmen sind, die Schäden verursachen können. (Rn. 32, 34)
2. Eines der Ziele des Brüsseler Übereinkommens (nunmehr EuGVVO) ist die Verbesserung des Rechtsschutzes für die in der Gemeinschaft niedergelassenen Personen dadurch, dass ein Kläger ohne Schwierigkeiten festzustellen vermag, welches Gericht er anrufen kann, und einem verständigen Beklagten erkennbar wird, vor welchem Gericht er verklagt werden kann. (Rn. 36)
3. So ist dann, wenn der Ort, an dem das für die Auslösung einer Schadensersatzpflicht wegen unerlaubter Handlungen in Betracht kommende Ereignis stattgefunden hat, nicht auch der Ort ist, an dem aus diesem Ereignis ein Schaden entstanden ist, der Begriff „Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist", so zu verstehen, dass er sowohl den Ort, an dem der Schaden eingetreten ist, als auch den Ort des ursächlichen Geschehens meint, so dass

[15] vgl. Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, S. 331; ferner Rebhahn ZESAR 2008, 109; Knöfel EuZA 2008, 228; Deinert ZESAR 2012, 311.

der Beklagte nach Wahl des Klägers bei dem Gericht eines dieser beiden Orte verklagt werden kann. (Rn. 40)

4. Im vorliegenden Fall war das ursächliche Ereignis der von der Beklagten in Schweden, dem Vertragsstaat, in dem diese Gewerkschaft auch ihren Sitz hat, abgegebene und verbreitete Aufruf zu kollektiven Kampfmaßnahmen. Daher ist der Ort des die Schadensersatzpflicht wegen unerlaubter Handlung oder einer Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, auslösenden Geschehens das Königreich Schweden, denn es stellt den Ort dar, an dem das schädigende Ereignis seinen Ausgang nahm. (Rn. 41)
5. Im Übrigen bestand der Schaden, den die Beklagte der Klägerin angeblich verursacht hat, in finanziellen Verlusten infolge des Abzugs der Tor Caledonia von ihrer gewöhnlichen Route und des Einsatzes eines anderen Frachtschiffs zur Bedienung dieser Strecke. Es obliegt dem nationalen Gericht, zu entscheiden, ob diese finanziellen Verluste als an dem Ort eingetreten betrachtet werden können, an dem die Klägerin ihren Sitz hat. (Rn. 42, 43)
6. In diesem Rahmen ist der Flaggenstaat, also der Staat, in dem das Schiff registriert ist, nur als ein Gesichtspunkt unter anderen zu betrachten, die der Ermittlung des Ortes dienen, an dem der Schaden eingetreten ist. Die Staatszugehörigkeit des Schiffes spielt nur dann eine entscheidende Rolle, wenn das nationale Gericht zu dem Ergebnis gelangt, dass der Schaden an Bord der Tor Caledonia eingetreten ist. In diesem Fall ist der Flaggenstaat als der Ort zu betrachten, an dem der Schaden eingetreten ist. (Rn. 44)
7. Nach allem ist Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ (nunmehr EuGVVO) dahin auszulegen, dass Schäden, die aufgrund von kollektiven Kampfmaßnahmen, die sich gegen ein in einem anderen Vertragsstaat registriertes Schiff richten, nicht stets als im Flaggenstaat eingetreten betrachtet werden können. Daraus folgt, dass die Reederei nicht ohne weitere Voraussetzungen am Ort des Flaggenstaates eine Schadensersatzklage gegen die die Kampfmaßnahme organisierende Gewerkschaft erheben kann. (Rn. 45)

18.3 Auswirkung auf die deutsche Rechtsordnung und die arbeitsrechtliche Praxis

18.3.1 Rechtsfolgen für das individuelle Arbeitsverhältnis

Die dargestellten Entscheidungen verdeutlichen, dass die Art. 18–21 EuGVVO Arbeitnehmerschutzvorschriften sind. Als Grundsatz kann festgestellt werden, dass bei grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnissen der betroffene Arbeitnehmer an dem Ort klagen soll, an dem er am besten seine Rechte wahrnehmen kann. Dies wird üblicherweise derjenige sein, an dem er seine Arbeit verrichtet bzw. zuletzt gewöhnlich verrichtet hat. Dort wird der Arbeitnehmer in der Lage sein, mit dem geringsten Kostenaufwand die Gerichte anzurufen. Darüber hinaus hat er nach Art. 19 EuGVVO auch die Möglichkeit, den Arbeitgeber an seinem Sitz oder, wenn er in mehreren Staaten tätig ist, am Sitz der Niederlassung, die ihn eingestellt hat,

zu verklagen. Daher gestalten sich Gerichtsstandsvereinbarungen zu Gunsten eines Arbeitgebers nach Art. 21 EuGVVO besonders schwierig. Eine von Art. 18, 19 EuGVVO abweichende Vereinbarung ist nach Art. 21 EuGVVO nur dann wirksam, wenn diese Vereinbarung nach der Entstehung der Streitigkeit getroffen wird oder sie dem Arbeitnehmer die Befugnis einräumt, andere als die in diesem Abschnitt angeführten Gerichte anzurufen. Gerichtsstandsvereinbarungen dürfen daher nur prorogieren und nicht derogieren.[16] Insoweit dürfte eine Gerichtsstandsvereinbarung zu Gunsten eines Arbeitgebers in aller Regel nach Art. 21 EuGVVO unwirksam sein. Entgegenstehende arbeitsvertragliche Vereinbarungen wäre daher allein von psychologischem, nicht aber von juristischem Wert.

18.3.2 Rechtsfolgen für kollektive Arbeitskampfmaßnahmen

Etwas eindeutiger scheint der Gerichtsstand für Schadenersatzansprüche bei rechtswidrigen Streiks oder Aussperrungsmaßnahmen zu sein. Entscheidend für den Gerichtsstand ist nach Art. 5 Nr. 3 EuGVVO der Ort, an dem die finanziellen Verluste eingetreten sind. Dies muss nicht der Ort der rechtswidrigen Arbeitskampfmaßnahmen sein, der nach Art. 9 Rom II-VO für die anwendbare Rechtsordnung maßgebend ist. Insoweit kann bei Schadenersatzansprüchen wegen rechtswidriger Arbeitskampfmaßnahmen das Gericht am Sitz des betroffenen Unternehmens maßgebend sein, wenn dort der Schaden entstanden ist. Dieses Gericht muss dann aber nach Art. 9 Rom II-VO das Arbeitskampfrecht desjenigen Mitgliedsstaates anwenden, in dem die Streikmaßnahmen stattgefunden haben.[17] Besonders schwierig ist die Zuordnung dann, wenn die Streikmaßnahmen Schiffe und Flugzeuge betreffen, die regelmäßig zwischen den Mitgliedsstaaten verkehren.[18] Die Zuordnung eines Schiffes oder eines Flugzeuges zu einem Mitgliedsstaat (Flaggenstaat) ist wie ausgeführt weder konstitutiv für die Bestimmung des Gerichtsstandes noch für die Bestimmung der Rechtsordnung. Es handelt sich bei der Flaggenzuordnung – wie aus der Entscheidung DFDS Torline A/S deutlich wird – lediglich um eines von mehreren Kriterien zur Bestimmung des Gerichtsstandes bzw. der anwendbaren Rechtsordnung. Im Falle von Arbeitskampfmaßnahmen, die Schiffe und Flugzeuge betreffen, wird es letztlich auf den Schwerpunkt der Arbeitskampfmaßnahmen ankommen, insbesondere darauf, wo der wirtschaftliche Schaden eintritt.

Materiell-rechtlich können nach dem deutschen Arbeitskampfrecht rechtswidrige Streikmaßnahmen einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellen, so dass dem betroffenen Arbeitgeber Schadenersatzansprüche nach § 823 Abs. 1 BGB zustehen können.[19] Schadenersatzansprüche kommen auch bei der Verletzung der Friedenspflicht bzw. bei unzulässigen Warnstreiks in Be-

[16] vgl. Franzen EuZA 2014, 322, 323; Knöfel EuZA 2008, 228; Deinert ZESAR 2012, 311.

[17] vgl. auch Deinert, ZESAR 2012, 311; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 5 Rn. 38, 39; Knöfel EuZA 2008, 228.

[18] vgl. DFDS Torline A/S EuGH Slg. 2004, I-1417.

[19] vgl. BAG NZA 2003, 734; BAG vom 19. Juni 2012, 1 AZR 775/10.

tracht.[20] Anspruchsgrundlage wäre in diesen Fällen auch § 280 BGB. Die Rechtswidrigkeit eines Arbeitskampfes kann sich neben der Nichtbeachtung der Friedenspflicht und des ultima ratio Prinzips[21] auch aus dem Einsatz unerlaubter, ggf. strafbarer Kampfmittel, wie etwa der Betriebsbesetzung, sowie der Verfolgung unwirksamer Regelungsziele ergeben.[22] Bei der Geltendmachung unverhältnismäßiger Beeinträchtigungen Dritter ist allerdings zu berücksichtigen, dass Arbeitskämpfe nicht in einem gesellschaftlichen Vakuum stattfinden und damit auch Bereiche der öffentlichen Daseinsvorsorge betroffen sein können.[23] Im Zusammenhang mit der Verhältnismäßigkeit sind daher die bereits in Kap. 15 angesprochenen Grundsätze zur Einschätzungsprärogative hinsichtlich Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit des Streiks zu berücksichtigen.[24] Die Gerichte für Arbeitssachen können daher die Verhältnismäßigkeit von Arbeitskämpfen nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüfen, so dass Schadenersatzansprüche aus diesem Grund nur in Ausnahmefällen möglich sein werden.[25]

[20] vgl. BAG a. a. O.

[21] vgl. BAG AP Nr. 51, 81, 116 zu Art. 9 GG – Arbeitskampf.

[22] vgl. BAGE 58, 364; Hergenröder in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, Art. 9 Rn. 267–270.

[23] vgl. Hergenröder a. a. O. Rn. 274.

[24] vgl. BVerfG NZA 2004, 1338; BAG NZA 2007, 1058; BAG AP Nr. 78 zu § 626 BGB sowie AP Nr. 58 zu § 9 GG – Arbeitskampf.

[25] vgl. BAG NZA 2004, 1338; BAG NZA 2007, 1058.

1. Primärrechtliche Kompetenznorm Art. 81 Abs. 1 AEUV	- Effektiver Zugang zum Recht (e) - Beseitigung von Hindernissen bei Zivilverfahren (f) - Förderung einer reibungslosen Abwicklung von Zivilverfahren
2. Ziel Erhaltung und Weiterentwicklung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Erwägungsgründe 1 und 6)	- Bei Zivilsachen mit grenzüberschreitendem Bezug sollen Maßnahmen erlassen werden, die für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich sind. - Ausgang von Rechtsstreitigkeiten soll vorhersehbar und Sicherheit in Bezug auf das anzuwendende Recht gewährleistet sein. - Vorschriften über gerichtliche Zuständigkeit und Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen sind im Wege eines Gemeinschaftsrechtsakts festzulegen, der verbindlich und unmittelbar anwendbar ist.
3. Anwendungsbereich (Art. 1)	Alle Zivil- und Handelssachen, ohne dass es auf die Art der Gerichtsbarkeit ankommt.
4. Grundsatz (Art. 2)	Personen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaates haben, sind ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit vor den Gerichten dieses Mitgliedsstaates zu verklagen.
5. Spezialvorschriften für Arbeitsverträge (Art. 18)	- gilt bei Ansprüchen aus einem individuellen Arbeitsvertrag gegen Arbeitgeber mit Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaates, - ausreichend ist das Vorliegen einer Agentur oder Zweigniederlassung in einem Mitgliedsstaat.
6. Arbeitgebergerichtsstand (Art. 19)	Arbeitgeber können alternativ verklagt werden - an ihrem Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaates, - am Ort, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet oder verrichtet hat, - oder bei wechselnden Tätigkeiten am Ort der Niederlassung, die den Arbeitnehmer eingestellt hat.
7. Arbeitnehmergerichtsstand (Art. 20)	Klage des Arbeitgebers nur vor den Gerichten des Mitgliedsstaates zulässig, in dem der Arbeitnehmer seinen Wohnsitz hat.
8. Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 21)	Von den Vorschriften der Art. 19 u. 20 kann durch Vereinbarung nur abgewichen werden, - wenn die Vereinbarung nach Entstehung der Streitigkeit getroffen wurde, - wenn sie dem Arbeitnehmer die Befugnis einräumt, andere als die in Art. 19 und 20 angeführten Gerichte anzurufen.

Abb. 18.1 VO (EG) Nr. 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen

19 Kollisionsrecht hinsichtlich des Systems der sozialen Sicherheit

►
- Verordnung (EG) 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit[1] (siehe Abb. 4.1)
- Verordnung (EG) 987/2009 zur Festlegung der Modalitäten und Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit[2] (siehe Abb. 4.2)

Eine effektive Wahrnehmung der Arbeitnehmerfreizügigkeit erfordert eine Koordinierung der nationalen Sozialversicherungssysteme. Der Zugang zum Arbeitsmarkt anderer Mitgliedsstaaten wäre -wie im Kapitel über Freizügigkeit schon angesprochen – erschwert, wenn ein Arbeitnehmer bei einem Arbeitsplatzwechsel innerhalb der Europäischen Union sozialversicherungsrechtliche Nachteile im Zusammenhang mit der Krankenversicherung, der Rentenversicherung, der Arbeitslosenversicherung[3] oder sonstiger Sozialbeiträge bzw. Leistungen befürchten müsste.[4] Den die Freizügigkeit wahrnehmenden Arbeitnehmern muss es ermöglicht werden, ihre sozialen Rechte ohne Einschränkung und so gut wie möglich in Anspruch nehmen zu können.[5] Aber auch für Arbeitgeber stellt sich im Zusammenhang mit der Beschäftigung von Arbeitnehmern aus dem EU-Ausland, der Entsendung von Arbeitnehmern oder der grenzüberschreitenden Leiharbeit die Frage, welche nationaler Systeme der sozialen Sicherheit auf das konkrete Arbeitsverhältnis anzuwenden sind.

---

[1] ABl. Nr. L 166 S. 1, ber. ABl. Nr. L 2004 S. 1 und ABl. 2007 Nr. L 204 S. 30.

[2] ABl. Nr. L 284 S. 1.

[3] vgl. hierzu Wendtland ZESAR 2010, 355; Waltermann/Kämpfer DB 2006, 893; Kowanz in Nägele, EG-Arbeitsrecht in der deutschen Praxis, S. 347.

[4] vgl. Fuchs NZA 2005, Beilage 2, S. 97, 98; Wendtland a. a. O.; Riesenhuber a. a. O. Rn. 35 zur Nichtanerkennung von Personenstandsurkunden;

[5] vgl. Wendtland a. a. O.; Waltermann/Kämpfer a. a. O.; Kowanz a. a. O.

P. Hantel, *Europäisches Arbeitsrecht,* Springer-Lehrbuch,
DOI 10.1007/978-3-662-46894-4_19

Dabei lässt das Recht der Europäischen Union die unterschiedlichen Systeme der sozialen Sicherheit in den Mitgliedsstaaten unangetastet[6], so dass die Sozialpolitik grundsätzlich in die Zuständigkeit der Nationalstaaten fällt. Gleichwohl besteht bei einem Wechsel eines Arbeitnehmers in einen anderen Mitgliedsstaat ein Regelungsbedürfnis für die EUGesetzgebungsinstanzen.[7] Daher enthält Art. 48 AEUV eine Ermächtigung, zum Zwecke der Koordinierung von sozialversicherungsrechtlichen Ansprüchen und Leistungen, die erforderlichen gesetzlichen Regelungen zu erlassen. Nach dieser Bestimmung können das Europäische Parlament und der Rat die auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit für die Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer notwendigen Maßnahmen beschließen. Zu diesem Zweck kann insbesondere ein System eingeführt werden, das zu- und abwandernden Arbeitnehmern sowie deren anspruchsberechtigten Angehörigen Folgendes sichert:

a. *Die Zusammenrechnung aller nach den verschiedenen innerstaatlichen Rechtsvorschriften zu berücksichtigenden Zeiten für den Erwerb und die Aufrechterhaltung des Leistungsanspruchs sowie für die Berechnung der Leistungen;*
b. *Die Zahlung der Leistungen an Personen, die in dem Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten wohnen.*

19.1 Die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit

Zunächst ist festzustellen, dass weder in der Freizügigkeitsverordnung – mit Ausnahme der Ansätze in Art. 7 Abs. 2 und 3 – noch in der Entsende-Richtlinie Regelungen über die Sozialversicherungspflicht von Arbeitnehmern bei grenzüberschreitender Tätigkeit enthalten sind.[8] Vielmehr haben die EU-Instanzen von der Ermächtigung des Art. 48 AEUV erst durch Schaffung spezieller Sozialversicherungs-Verordnungen, nämlich der Verordnung (EG) 883/2004 und der Durchführungs-Verordnung (EG) 987/2009 Gebrauch gemacht. Der persönliche Anwendungsbereich dieser Verordnungen erfasst Arbeitnehmer, ihre Angehörigen und unter bestimmten Voraussetzungen auch Selbständige. In sachlicher Hinsicht sollen diese Verordnungen die Ansprüche von Arbeitnehmern, die in anderen EU-Staaten tätig sind, hinsichtlich Renten-, Kranken-, Arbeitslosen-, Unfall- und Pflegeversicherung koordinieren.[9]

Insbesondere sollen durch die Inanspruchnahme des Freizügigkeitsrechts keine sozialversicherungsrechtlichen Nachteile – aber auch keine Vorteile – entstehen[10],

[6] vgl. Leopold ZESAR 2008, 344.

[7] vgl. Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 2 Rn. 77–80; Riesenhuber a. a. O., § 3 Rn. 35; Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, S. 95, 96; Wendtland a. a. O.; Waltermann/Kämpfer a. a. O.

[8] vgl. Heuschmid/Schierle in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht 2015, § 5 Rn. 34.

[9] vgl. Heuschmid/Schierle a. a. O.; Schlegel, AuR 2011, 384.

[10] vgl. Thüsing a. a. O.; Riesenhuber a. a. O.; Fuchs/Marhold a. a. O.

d. h. es sollen Doppelsicherungen und Sicherungslücken vermieden werden.[11] Aus diesem Grund sollen Ansprüche der sozialen Sicherheit auch nicht vom Wohnort der betreffenden Person abhängig sein. Insoweit enthält die Verordnung (EG) 883/2004 sowohl kollisionsrechtliche Bestimmungen hinsichtlich des anwendbaren Rechts als auch ein Konzept der Koordinierung von Sozialversicherungsansprüchen.

19.1.1 Kollisionsrechtliche Bestimmungen

Wie im internationalen Privatrecht hat auch im Sozialrecht das Kollisionsrecht die Aufgabe, bei Fällen mit Auslandsberührung zu entscheiden, welches nationale Sachrecht auf den Fall zur Anwendung gelangt. Art. 11 Abs. 2 der Verordnung (EG) 883/2004 enthält den Grundsatz, dass Personen nur den Rechtsvorschriften eines und nur eines Mitgliedsstaates unterliegen. Diese Vorschrift verankert das Prinzip der Einheitlichkeit des Sozialrechtsstatus.[12] Zum einen soll mit diesem Prinzip sichergestellt werden, dass grenzüberschreitend tätige Erwerbspersonen nicht ohne sozialen Schutz bleiben. Zum anderen wird verhindert, dass Doppelversicherungen entstehen, die einerseits mit doppelten Beitragslasten, andererseits aber auch mit dem Vorteil doppelten Leistungsbezugs verbunden wären. Einheitlichkeit des Sozialrechtsstatus bedeutet auch, dass keine Aufspaltung hinsichtlich verschiedener Zweige der sozialen Sicherheit entsteht.

Für die kollisionsrechtliche Anknüpfung besteht nach Art. 11 Abs. 3 a der Verordnung (EG) 883/2004 zunächst einmal das sog. Beschäftigungslandprinzip.[13] Der Arbeitnehmer unterliegt den Rechtsvorschriften des Staates, in dem er beschäftigt ist. Art. 11 Abs. 3 a der Verordnung (EG) 883/2004 folgt also dem Grundsatz des lex loci labores.[14] Ausnahmen hiervon ergeben sich aus dem Wohnsitzlandprinzip im Zusammenhang mit Leistungen bei Arbeitslosigkeit und dem Prinzip des Arbeitgebersitzes, wenn die Tätigkeit in zwei oder mehreren Mitgliedsstaaten erfolgt, Art. 13 Abs. 1 b der Verordnung (EG) 883/2004. Eine für die Praxis wichtige Ausnahme erfährt der Grundsatz, dass der Beschäftigungsort das entscheidende Kriterium für die Zuordnung zu einem nationalen System der sozialen Sicherheit ist, im Falle der Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland. Nach Art. 12 Abs. 1 der Verordnung (EG) 883/2004 ist eine Entsendung ins Ausland für den Verbleib des Arbeitnehmers im bisherigen System der sozialen Sicherheit unschädlich, wenn die voraussichtliche Dauer von 24 Monaten nicht überschritten wird. Das Sozialversicherungsstatut ändert sich daher nicht im Falle einer Entsendung ins EU-Ausland, die nicht länger als 24 Monate dauert.

---

[11] vgl. Eichenhofer ZESAR 2008, 341.

[12] vgl. Fuchs NZA 2005, Beilage 2, S. 99; Waltermann/Kämpfer DB 2006, 893; Kolmhuber in Nägele, EG-Arbeitsrecht in der deutschen Praxis, S. 64, 65.

[13] vgl. Heuschmid/Schierle in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 5 Rn. 37.

[14] vgl. hierzu Fuchs a. a. O.; ferner Kolmhuber a. a. O.

19.1.2 Konzept der Koordinierung

Ziel dieses Konzeptes ist die Sicherung und Zusammenrechnung aller nach den verschiedenen innerstaatlichen Rechtsvorschriften zu berücksichtigenden Zeiten über die Grenzen der Mitgliedsstaaten hinaus. Auf diesem Wege soll erreicht werden, dass den die Freizügigkeit wahrnehmenden Arbeitnehmern im Hinblick auf ihre soziale Absicherung keine Nachteile entstehen.[15] Dabei bleibt es aber Sache der einzelnen Mitgliedsstaaten, die Voraussetzungen für den Erwerb von Ansprüchen festzulegen. Sie unterliegen dabei lediglich den Vorgaben der Gleichbehandlung nach Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004. Zudem geht die Verordnung nach Art. 5 von dem Grundsatz aus, dass bestimmte Sachverhalte, Ereignisse, die im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaates eingetreten sind, so zu behandeln sind, als ob sie im Hoheitsgebiet des Mitgliedsstaates, dessen Rechtsordnung Anwendung findet, eingetreten wären.[16] Allerdings dürften die Regelungen über die Koordinierung der sozialen Systeme nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nicht dazu führen, dass die in einem Mitgliedsstaat erworbenen Leistungen durch EU-Recht beschränkt werden.[17]

Schließlich enthalten die Art. 17 ff. dann speziellere Regelungen zu den einzelnen Versicherungszweigen, wie der Krankenversicherung, der Rentenversicherung, der Unfallversicherung sowie der Arbeitslosenversicherung.[18] Für die rechtspolitisch besonders brisante Frage des Anspruchs auf Sozialhilfeleistungen enthält Art. 70 der VO (EG) Nr. 883/2004 Sonderregelungen für sog. beitragsunabhängige Geldleistungen. Für solche Geldleistungen kommt in Abweichung von Art. 7 wieder die Wohngeldklausel zur Anwendung, Art. 70 Abs. 3 VO (EG) Nr. 883/2004. Dies bedeutet, dass entsprechende Leistungen davon abhängig gemacht werden können, dass der Anspruchsteller in dem jeweiligen Mitgliedsstaat auch wohnt. Daher werden beitragsunabhängige Geldleistungen nach Art. 70 Abs. 4 ausschließlich in dem Mitgliedsstaat, in dem die betreffenden Personen wohnen, und nach dessen Rechtsvorschriften gewährt.[19]

---

[15] vgl. Waltermann/Kämpfer a. a. O.; Fuchs a. a. O.

[16] Allerdings darf dieser Grundsatz nicht dazu führen, dass aufgrund von Ereignissen, die in einem Mitgliedsstaat eingetreten sind, ein anderer Mitgliedsstaat zuständig wird oder dessen Rechtsvorschriften anwendbar wären, vgl. Erwägungsgrund 11; ferner v. Maydel, Sach- und Kollisionsnormen im internationalen Sozialversicherungsrecht, 1967; Fuchs NZA 2005, Beilage 2, S. 99.

[17] vgl. hierzu grundlegend Petroni EuGH Slg. 1975, I-1149; Bokeloh ZESAR 2012, 121.

[18] vgl. hierzu grundlegend: von Maydell, Sach- und Kollisionsnormen im internationalen Sozialversicherungsrecht, 1967; Schuler, Das internationale Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1988, S. 251.

[19] vgl. hierzu Dano EuGH NJW 2015, 145.

19.2 Die Durchführungs-Verordnung (EG) Nr. 987/2009

Ziel der Verordnung (EG) 987/2009 ist die Durchführung der vorgenannten Grundverordnung (EG) 883/2004. Diese Umsetzungsverordnung soll einen möglichst reibungslosen Ablauf und eine effiziente Handhabung der Verfahren zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit ermöglichen. Die Verordnung enthält daher Regelungen über Umfang, Modalitäten und Verfahren des Datenaustauschs zwischen den Sozialversicherungsträgern, über Rechtswirkungen, der in einem Mitgliedsstaat ausgestellten Dokumente und Belege, über Zusammenrechnung von Anwartschaftszeit sowie über Modalitäten von Verwaltungsvereinbarungen. Sodann enthält diese Durchführungsverordnung noch ergänzende Regelungen zur Bestimmung des anzuwendenden Rechts, insbesondere im Zusammenhang mit den Verfahrensvorschriften. Um im Interesse der Dienstleistungsfreiheit und der Freizügigkeit eine möglichst weitgehende soziale und steuerliche Angleichung zu ermöglichen, sieht die Verordnung (EG) 987/2009 Regelungen über die Weitergabe von Daten entsprechend Art. 3 und 4, aber auch über die Rechtswirkung von Dokumenten und Belegen anderer Mitgliedsstaaten nach Art. 5 vor.

19.3 Praktische Fallbeispiele

Gerade im Zusammenhang mit der Rechtswirkung von Dokumenten und Nachweisen anderer Mitgliedsstaaten ist es in der Vergangenheit zu Rechtsstreitigkeiten gekommen, über die der EuGH in den Urteilen Paletta II und Dafeki entscheiden musste.[20] Streitgegenstand war dabei die Beweiskraft von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen von niedergelassenen Ärzten aus dem EU-Ausland[21], um Personenstandsurkunden zur Geltendmachung von Rentenansprüchen[22] sowie um Genehmigungen und Bescheinigungen für im EU-Ausland tätige Leiharbeitsunternehmen.[23] Zudem hat der EuGH in der Petroni-Entscheidung den Grundsatz aufgestellt, dass EU-Recht nicht die nach nationalem Recht erworbenen Sozialversicherungsansprüche beschränken oder kürzen darf.[24]

19.3.1 Fall Petroni EuGH Slg. 1975, I-1149

Der italienische Staatsangehörige P war 17 Jahre als Bergarbeiter in Belgien und zuvor 7 Jahre als Arbeitnehmer in Italien beschäftigt. Vom 1. Januar 1973 an wurde ihm in Belgien eine Altersrente bewilligt, die sich nur nach den belgischen Rechtsvorschriften berechnete und jährlich 34 358 bfrs betrug. Zugleich bezog P in seinem

[20] vgl. Paletta II EuGH Slg. 1996, I-2357; Dafeki EuGH Slg. 1997, I-6761.

[21] vgl. Paletta II a. a. O.

[22] vgl. Dafeki a. a. O.

[23] vgl. Fitzwilliam Technical Services (FTS) EuGH Slg. 2002, I-883.

[24] vgl. Petroni EuGH Slg. 1975, I-1149.

Herkunftsland Italien, in das er zurückgekehrt war, eine Altersrente nach dem allgemeinen italienischen Rentensystem. Bei der Festsetzung der belgischen Rente berechnete der zuständige Versicherungsträger zunächst die Rente nur auf Grund der Regelungen des belgischen Gesetzes ohne Berücksichtigung von Beschäftigungszeiten in Italien, was den oben genannten Betrag von 34 458 bfrs jährlich ergab. Sodann addierte der Versicherungsträger die belgischen und die italienischen Versicherungszeiten und nahm eine sogenannte Proratisierung, also eine anteilige Neuberechnung vor. Mit diesem in dem damaligen Art. 46 Abs. 3 VO (EWG Nr. 1408/71 (nunmehr VO EG 883/2004)) soll eine Kumulierung von Sozialversicherungsansprüchen eingeschränkt werden. Als Ergebnis dieses Berechnungsverfahrens wurde die dem P zustehende belgische Rente auf 26 427 bfrs herabgesetzt. P erhob gegen den Rentenbescheid Klage gegen den belgischen Sozialversicherungsträger. Das Tribunal du travail Brüssel legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob Art. 46 Abs. 3 der Verordnung EWG Nr. 1408/71 mit EU Recht vereinbar sei, wenn die Beschränkung der Kumulierung dazu führt, dass auch Ansprüche, welchen den Versicherten in einem Mitgliedsstaat bereits allein nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften zustehen, gekürzt würden.

Der EuGH führt aus, dass die in einer EU-Verordnung vorgesehene Beschränkung der Kumulierung, die eine Verringerung der Ansprüche mit sich brächte, welchen den Versicherten in einem Mitgliedsstaat bereits allein nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften zustehe, mit den primärrechtlichen Vorgaben von Art. 51 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 48 AEUV) nicht vereinbar sei.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Grundlage, Rahmen und Grenzen der Verordnungen über die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer sind die Art. 48 bis 51 (nunmehr Art. 48 AEUV) des Vertrages. Art. 51 verpflichtet den Rat, die auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit für die Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer „notwendigen“ Maßnahmen zu beschließen und insbesondere für den Erwerb und die Aufrechterhaltung des Anspruchs auf Sozialleistungen sowie für die Berechnung dieser Leistungen die Zusammenrechnung aller nach den verschiedenen innerstaatlichen Rechtsvorschriften berücksichtigten Zeiten vorzusehen. Der Zweck der Verordnung würde verfehlt, wenn die Arbeitnehmer, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, Vergünstigungen der sozialen Sicherheit verlören, die ihnen jedenfalls die Rechtsvorschriften eines einzigen Mitgliedsstaats sichern. (Rn. 11/13)
2. Art. 51 (nunmehr Art. 48 AEUV) des Vertrages stellt im Wesentlichen auf den Fall ab, dass die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats allein keinen Leistungsanspruch des Betroffenen begründen, weil er nach diesen Vorschriften keine ausreichenden Versicherungszeiten zurückgelegt hat, oder dass sie ihm eine niedrigere als die Höchstleistung einräumen. Um diesem Mangel abzuhelfen, sieht Art. 51 (nunmehr Art. 48 AEUV) zugunsten des Arbeitnehmers, für den nacheinander oder abwechselnd die Rechtsvorschriften von zwei oder mehr Mitgliedstaaten galten, die Zusammenrechnung der nach den Rechts-

vorschriften jedes dieser Mitgliedstaaten zurückgelegten Versicherungszeiten vor. (Rn. 14/17)

3. Zusammenrechnung und anteilige Berechnung haben daher zu unterbleiben, wenn sie zu einer Verringerung der Leistungen führen, die dem Betroffenen gemäß den Rechtsvorschriften eines einzigen Mitgliedstaats auf Grund der nach ihnen zurückgelegten Versicherungszeiten zustehen; diese Berechnungsweise darf jedoch nicht für ein und denselben Zeitraum zu einer Kumulierung der Leistungen führen. Die Zusammenrechnung hat auch in den Fällen zu unterbleiben, in denen die im betroffenen Mitgliedstaat zurückgelegten Versicherungszeiten mit Versicherungen in einem anderen Mitgliedstaat zusammenfallen. (Rn. 14/17)
4. Art. 46 Abs. 3 VO Nr. 1408/71 (nunmehr VO EG 883/2004) ist eine Vorschrift zur Begrenzung von Kumulierungen. Eine Beschränkung der Kumulierung aber, die eine Verringerung der Ansprüche mit sich brächte, welche den Versicherten in einem Mitgliedsstaat bereits allein nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften zustehen, ist mit Art. 51 (nunmehr Art. 48 AEUV) unvereinbar. (Rn. 20)
5. Sonach ist eine sekundärrechtliche Regelung mit dem primärrechtlichen Art. 51 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 48 AEUV) unvereinbar, soweit sie vorschreibt, dass die Kumulierung zweier in verschiedenen Mitgliedsstaaten erworbener Leistungen durch eine Kürzung der in einem Mitgliedsstaat allein nach dessen Rechtsvorschriften erworbenen Leistung beschränkt wird. (Rn. 22)

19.3.2 Fall Paletta II EuGH Slg. 1996, I-2357[25]

Die Gerichte für Arbeitssachen hatten in Deutschland über die Lohnzahlungsklage von vier Mitgliedern der italienischen Familie P zu entscheiden, die bei einem württembergischen Unternehmen beschäftigt waren. Alle vier wurden im Anschluss an ihren italienischen Heimaturlaub gemeinsam von einem italienischen Arzt krankgeschrieben. Zum Zwecke der Krankmeldung übersandten die Arbeitnehmer Gesundheitsbescheinigungen des zuständigen italienischen Sozialleistungsträger ebenfalls an die Betriebskrankenkasse des Arbeitgebers. Diese Bescheinigungen gingen erst Tage nach dem erwarteten Arbeitsbeginn und der einschlägigen Frist ein und enthielten zudem keine Ausführungen zur Arbeitsfähigkeit der angeblich Erkrankten. Durch die Krankmeldung verlängerte sich ihr Jahresurlaub. Entsprechende Krankschreibungen sind auch in den Jahren zuvor erfolgt. Der Arbeitgeber verweigerte die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, da sie gravierenden Zweifel an der tatsächlich bestehenden krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit der vier Arbeitnehmer habe. Das BAG legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob und unter welchen Voraussetzungen von einer missbräuchlichen oder betrügerischen Anwendung der Verordnung zur Koordinierung der sozialen Sicherungssysteme auszugehen sei.

[25] siehe auch NJW 1996, 1881; NZA 1996, 635; EuZW 1996, 375.

Nach Auffassung des EuGH sei es Aufgabe des Arbeitgebers, die missbräuchliche Erlangung von Attesten oder Dokumenten im Einzelfall nachzuweisen. Nur so wären die Vorgaben aus der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 sowie der Durchführungs-Verordnung (EG) Nr. 987/2009 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer beachtet.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Bei der Frage, ob das nationale Gericht bei missbräuchlichem Verhalten des Betroffenen an die gemäß Verordnung Nr. 574/72 (nunmehr Durchführungs-Verordnung EG Nr. 987/2009) getroffenen Feststellungen über die Arbeitsunfähigkeit gebunden ist, ist zu berücksichtigen, dass die missbräuchliche oder betrügerische Geltendmachung von Gemeinschaftsrecht nicht gestattet ist. (Rn. 24)
2. Die nationalen Gerichte können also das missbräuchliche oder betrügerische Verhalten des Betroffenen auf der Grundlage objektiver Kriterien zwar in Rechnung stellen, um ihm gegebenenfalls die Berufung auf das einschlägige Gemeinschaftsrecht zu verwehren, haben jedoch bei der Würdigung eines solchen Verhaltens die Ziele der fraglichen Bestimmungen zu beachten. (Rn. 25)
3. Grundsätze, nach denen der Arbeitnehmer zusätzlichen Beweis für die durch ärztliche Bescheinigung belegte Arbeitsunfähigkeit erbringen muss, wenn der Arbeitgeber Umstände darlegt und beweist, die zu ernsthaften Zweifeln an einer Arbeitsunfähigkeit Anlass geben, sind nicht mit den Zielen der Verordnung Nr. 574/72 (nunmehr Durchführungs-Verordnung EG Nr. 987/2009) vereinbar. Dies hätte nämlich für den Arbeitnehmer, der in einem anderen als dem zuständigen Mitgliedstaat arbeitsunfähig geworden ist, Beweisschwierigkeiten zur Folge, die die Gemeinschaftsregelung gerade vermeiden soll. (Rn. 26)
4. Diese Bestimmung verwehrt es hingegen dem Arbeitgeber nicht, Nachweise zu erbringen, anhand deren das nationale Gericht gegebenenfalls feststellen kann, dass der Arbeitnehmer missbräuchlich oder betrügerisch eine gemäß der Verordnung Nr. 574/72 (nunmehr Durchführungs-Verordnung EG Nr. 987/2009) festgestellte Arbeitsunfähigkeit gemeldet hat, ohne krank gewesen zu sein.[26] (Rn. 27)

19.3.3 Fall Dafeki EuGH Slg. 1997, I-6761[27]

Die griechische Staatsangehörige D arbeitete von 1966 bis 1988 in Deutschland und beantragte Altersrente. Nach der seinerzeit geltenden Regelung konnten Frauen Altersrente mit Vollendung des 60. Lebensjahres beziehen. Entsprechend ihren Angaben in der ursprünglichen Aufenthaltserlaubnis und auch in den Arbeitsverträgen

[26] vgl. auch Paletta I EuGH Slg. 1992, I-3423.

[27] siehe auch EuZW 1998, 47.

war sie am 3. Dezember 1933 geboren. Im Jahr 1989 beantragte D Altersrente und legte dazu eine vom zuständigen Athener Amtsgericht korrigierte Geburtsurkunde vor, die als Geburtsdatum den 20. Februar 1929 auswies. Dieses Geburtsdatum hatte das Monomoles Protodikeio Trikala, einem erstinstanzlichen, mit einem Einzelrichter besetzten – einem deutschen Amtsgericht vergleichbaren – Gericht, mit Urteil vom 4. April 1986 aufgrund des „Verfahrens bei Verlust der Archive und Personenstandsbücher" neu festgesetzt, und das ursprüngliche Geburtsdatum auf den 20. Februar 1929 abgeändert. Die Landesversicherungsanstalt verweigerte die Zahlung der Rente an Frau D, weil sie das erforderliche Rentenalter von 60 Jahren nicht erreicht habe. Die Behörde ging dabei von dem bisherigen Geburtsdatum 3. Dezember 1933 aus, das in der Aufenthaltserlaubnis und den Arbeitsverträgen angegeben war. Das Sozialgericht Hamburg hat dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob die Anwendung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung auf die Beweiskraft von Personenstandsurkunden mit dem gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der Arbeitnehmerfreizügigkeit vereinbar sei.

Der EuGH führt aus, dass durch die Entscheidung der Landesversicherungsanstalt und die Nichtanerkennung der korrigierten Geburtsurkunde die Arbeitnehmerfreizügigkeit verletzt sei. Die Zumessung einer geringeren Beweiskraft für ausländische Urkunden, die zur Geltendmachung von Ansprüchen eines europäischen Arbeitnehmers notwendig sei, hat diskriminierende Wirkung und verletzt daher die Arbeitnehmerfreizügigkeit. Ein entsprechendes Verfahren lasse sich auch nicht durch den Hinweis auf national sehr unterschiedliche Verfahren zur Feststellung von Personenstandsdaten rechtfertigen. Der Beweiswert ausländischer Urkunden sei unter Berücksichtigung des Freizügigkeitsrechts nach Art. 45 AEUV sowie der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (VO soziale Sicherheit) und der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 (Durchführungs-VO soziale Sicherheit) dem inländischer Urkunden gleichzustellen.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Nach Art. 48 Abs. 2 des Vertrages (nunmehr Art. 45 AEUV) umfasst die Freizügigkeit der Arbeitnehmer die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen. (Rn. 9)
2. Der Fall der Klägerin, die Staatsangehörige eines Mitgliedstaats ist und eine unselbständige Erwerbstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausgeübt hat, in dem sie aufgrund dieser Tätigkeit die Gewährung einer Altersrente begehrt, fällt in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift. (Rn. 10)
3. Zur Geltendmachung des Anspruchs auf eine Leistung der sozialen Sicherheit, der sich aus der Ausübung der ihnen durch den Vertrag gewährleisteten Freizügigkeit ergibt, müssen die Arbeitnehmer zwangsläufig bestimmte in den Personenstandsbüchern enthaltene Angaben belegen. (Rn. 11)
4. Nach den deutschen Vorschriften wird den von den zuständigen Behörden eines anderen Mitgliedstaats ausgestellten Personenstandsurkunden eine

geringere Beweiskraft beigemessen als den von deutschen Behörden ausgestellten Urkunden. (Rn. 12)

5. Diese Regelung wirkt sich somit in der Praxis, obwohl sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit des Arbeitnehmers gilt, zum Nachteil der Arbeitnehmer aus, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten sind. (Rn. 13)
6. Ob eine Personenstandsurkunde als unrichtig angesehen werden kann, hängt nämlich in hohem Maße davon ab, in welchem Verfahren und unter welchen Voraussetzungen eine solche Geburtsurkunde geändert werden kann; hier können zwischen den Mitgliedstaaten erhebliche Unterschiede bestehen. (Rn. 17)
7. Die Behörden und Gerichte eines anspruchsverpflichtenden Mitgliedstaats sind somit nach Gemeinschaftsrecht nicht verpflichtet, nachträgliche Berichtigungen von Personenstandsurkunden durch die zuständigen Behörden des Heimatstaates genauso zu behandeln wie derartige Berichtigungen durch die zuständigen Behörden des anspruchsverpflichtenden Mitgliedstaats. (Rn. 18)
8. Allerdings ist festzustellen, dass die Geltendmachung der Ansprüche, die sich aus der Freizügigkeit der Arbeitnehmer ergeben, ohne die Vorlage von Personenstandsurkunden, die im allgemeinen vom Heimatstaat des Arbeitnehmers ausgestellt werden, nicht möglich ist. Folglich sind die Behörden und Gerichte eines anspruchsverpflichtenden Mitgliedstaats verpflichtet, von den zuständigen Behörden des Heimatstaates ausgestellte Urkunden und ähnliche Schriftstücke über den Personenstand zu beachten, sofern deren Richtigkeit nicht durch konkrete, auf den jeweiligen Einzelfall bezogene Anhaltspunkte ernstlich in Frage gestellt ist. (Rn. 19)

19.3.4 Fall Fitzwilliam Technical Services (FTS) EuGH Slg. 2002, I-883[28]

Die FTS ist ein irisches Zeitarbeitsunternehmen, die Zeitarbeitnehmer sowohl in Irland als auch in den Niederlanden einsetzt. Alle bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer sind in Irland ansässige irische Staatsbürger. Die in die Niederlande entsandten Arbeitnehmer werden hauptsächlich im Agrar- und Gartenbaubereich beschäftigt, während die nicht entsandten Arbeitnehmer in anderen Bereichen in Irland eingesetzt werden. FTS nimmt die gesamte Entsendetätigkeit von Irland aus vor. Die Arbeitsverträge werden sämtlichst durch die Geschäftsstelle in Dublin abgeschlossen. In dieser Geschäftsstelle sind 20 Personen beschäftigt, in ihrer Zweigstelle in Delft (Niederlande) nur 2 Personen. Die Arbeitnehmer werden arbeitsvertraglich nach irischem Recht eingestellt und auch für die Dauer der Entsendung in die Niederlande dem irischen System der Sozialversicherung angeschlossen. FTS behält von den Bruttolöhnen der Arbeitnehmer die entsprechenden, d. h. die mit der „pay related social insurance“ zusammenhängenden Beiträge ein und führt diese Beiträge, nämlich den Arbeitgeberanteil und den einbehaltenen Betrag an die irischen

[28] siehe auch NZA-RR 2000, 201; EuZW 2000, 380; NZS 2000, 291.

Sozialversicherungsbehörden ab. Nachdem FTS drei Jahre hintereinander in den Niederlanden höhere Umsätze als in Irland erzielt hat, kam die zuständige niederländische Sozialversicherungsbehörde (LISV) zu der Auffassung, dass die von FTS in die Niederlande entsandten Arbeitnehmer zu Unrecht dem irischen System der sozialen Sicherung angeschlossen seien und verlangte von FTS die entsprechenden Arbeitgeberbeiträge. FTS setzte sich gegen den Beitragsbescheid zur Wehr und rügt unter anderem eine Verletzung der Dienstleistungsfreiheit sowie der Verordnung Nr. 1408/71 (nunmehr Verordnung (EG) 883/2004). Nach Art. 14 a der Verordnung Nr. 1408/71 bleiben bei einem ins EU-Ausland entsandten Arbeitnehmer hinsichtlich des Sozialrechts die Rechtsvorschriften des Niederlassungsstaates anwendbar, sofern die voraussichtliche Dauer der Tätigkeit zwölf Monate nicht überschreitet. Daher könne für die entsandten Leiharbeitnehmer im ersten Jahr nicht niederländisches sondern nur irisches Sozialrecht zur Anwendung kommen, was auch für die vorzulegenden Unterlagen und Dokumente zu gelten habe. Die zuständige Arrondissementrechtsbank Amsterdam legte dem EuGH u. a. die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die von dem zuständigen Träger eines Mitgliedsstaates ausgestellte Bescheinigung auch hinsichtlich der darin festgelegten Rechtsfolgen für die Behörde eines anderen Mitgliedsstaates bindend sei und ob die Ausnahme vom Grundsatz der Sozialversicherungspflicht im Tätigkeitsstaat nach Art. 13 Abs. 2, Art. 14 Abs. 1 VO Nr. 1408/71 (nunmehr Art. 12 Abs. 1 VO (EG) 883/2004) erfordert, dass der Arbeitgeber im Mitgliedsstaat seiner Betriebsstätte – also hier in Irland – eine nennenswerte unternehmerische Tätigkeit entfaltet und.

Der EuGH ist der Auffassung, dass Zweck der Verordnung Nr. 1408/71 (nunmehr Verordnung (EG) 883/2004) darin liegt, die Arbeitnehmer, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, dem System der sozialen Sicherung nur eines Mitgliedsstaates zu unterwerfen, so dass die Kumulierung anwendbarer nationaler Rechtsvorschriften und Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben können, vermieden werden. Der Grundsatz, dass der Arbeitnehmer den Rechtsvorschriften des Mitgliedsstaates unterliegt, in dessen Gebiet er im Lohn- und Gehaltsverhältnis tatsächlich tätig ist (Grundsatz des Beschäftigungsstaates), erfährt bei Zeitarbeitsunternehmen Einschränkungen. Sofern der zuständige Träger des Niederlassungsstaates eine Bescheinigung über die Sozialversicherungspflicht und die Sozialversicherungsabgaben erteilt hat, liegt eine Bindungswirkung auch für die Sozialversicherungsträger des Beschäftigungsstaates vor. Diese sog. E-101-Bescheinigung begründet daher eine Vermutung dafür, dass der Anschluss der entsandten Arbeitnehmer an das System der sozialen Sicherheit des Mitgliedsstaates, in dem das Zeitarbeitsunternehmen seine Betriebsstätte hat, ordnungsgemäß ist und bindet folglich den zuständigen Träger des Tätigkeitsstaates. Voraussetzung hierfür sei aber, dass das entsprechende Zeitarbeitsunternehmen im Niederlassungsstaat eine nennenswerte Geschäftstätigkeit ausübt und nicht nur eine bloße Briefkasten-Adresse unterhält. Diese Voraussetzungen müssen von den nationalen Gerichten geklärt werden.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Die Verordnung Nr. 1408/71 (nunmehr Verordnung (EG) 883/2004 bildet ein vollständiges und einheitliches System von Kollisionsnormen, das bezweckt, die Arbeitnehmer, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, dem System der sozialen Sicherheit nur eines Mitgliedsstaates zu unterwerfen, so dass die Kumulierung anwendbarer nationaler Rechtsvorschriften und die Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben können, vermieden werden. (Rn. 20)
2. Art. 14 Abs. 1 Buchstabe a der Verordnung Nr. 1408/71 (nunmehr Verordnung (EG) 883/2004) – wonach bei der Tätigkeit eines entsandten Arbeitnehmers, die zwölf Monate nicht überschreitet, das Recht des Niederlassungs- und nicht des Tätigkeitsstaates Anwendung findet – hat insbesondere das Ziel, die Dienstleistungsfreiheit zugunsten von Unternehmen zu fördern, die Arbeitnehmer in andere Mitgliedstaaten als den Staat ihrer Betriebsstätte entsenden. Diese Bestimmung soll Hindernisse für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer überwinden helfen sowie die gegenseitige wirtschaftliche Durchdringung fördern und dabei administrative Schwierigkeiten insbesondere für die Arbeitnehmer und die Unternehmen vermeiden. (Rn. 28)
3. Ohne die genannte Bestimmung wäre ein in einem Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen verpflichtet, seine im Übrigen dem System der sozialen Sicherheit dieses Staates unterliegenden Arbeitnehmer beim entsprechenden System eines anderen Mitgliedstaats anzumelden, wenn sie zur Verrichtung von Arbeiten von begrenzter Dauer in diesen entsandt würden; das würde die Inanspruchnahme der Dienstleistungsfreiheit erschweren. Um dies zu vermeiden, verbleibt der Arbeitnehmer in den ersten 12 Monaten (nunmehr 24 Monate) weiter im System des Niederlassungsstaates sozialversichert. (Rn. 29)
4. Zeitarbeitsunternehmen können sich aber nur dann auf die Sonderregelung des Art. 14 Abs. 1 VO Nr. 1408/71 (nunmehr Art. 12 Abs. 1 VO (EG) 883/2004) berufen, wenn sie in ihrem Niederlassungsstaat eine nennenswerte Geschäftstätigkeit ausüben. Dabei sind die Zahl der Betriebsstätten im Niederlassungsstaat und in anderen Mitgliedsstaaten, die Beschäftigtenzahl, der Sitz der Verwaltung, der Ort, an dem die entsandten Arbeitnehmer eingestellt werden und der Ort, an dem der Großteil der Verträge mit Kunden geschlossen wird, in einer Gesamtschau zu berücksichtigen. (Rn. 42, 43)
5. In der sog. E-101-Bescheinigung gem. Art. 11 der Verordnung Nr. 574/72 (nunmehr Verordnung (EG) 987/2009) erklärt der zuständige Träger des Niederlassungsstaates, dass sein eigenes System der sozialen Sicherheit auf entsandte Arbeitnehmer während der Dauer der Entsendung anwendbar bleibt. Wegen des Grundsatzes, dass die Arbeitnehmer einem einzigen System der sozialen Sicherheit angeschlossen sein sollen, hat diese Bescheinigung damit notwendig zur Folge, dass das System der sozialen Sicherheit des anderen Mitgliedstaats nicht angewandt werden kann. (Rn. 48, 49)
6. Der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit nach Art. 5 EG-Vertrag (jetzt Art. 3 Abs. 3 EUV) verpflichtet den zuständigen Träger, den Sachver-

halt, der für die Bestimmung der im Bereich der sozialen Sicherheit anwendbaren Rechtsvorschriften maßgebend ist, ordnungsgemäß zu beurteilen und damit die Richtigkeit der in der E-101-Bescheinigung aufgeführten Angaben zu gewährleisten. (Rn. 51)

7. Die zuständigen Träger des Tätigkeitsstaates, in den die Arbeitnehmer entsandt werden, würden ihre Verpflichtungen zur Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedsstaaten verletzten, wenn sie sich nicht an die Angaben in der Bescheinigung gebunden sähen und die Arbeitnehmer zusätzlich ihrem eigenen System der sozialen Sicherheit unterstellten. (Rn. 52)
8. Jede andere Lösung würde den Grundsatz des Anschlusses der Arbeitnehmer an ein einziges System der sozialen Sicherheit sowie die Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit beeinträchtigen. In Fällen, in denen die Feststellung des anwendbaren Systems schwierig wäre, könnte der zuständige Träger beider betreffenden Mitgliedstaaten sein eigenes System der sozialen Sicherheit für anwendbar erklären, was den betroffenen Arbeitnehmern zum Nachteil gereichte und mit dem Freizügigkeitsrecht nicht vereinbar wäre. (Rn. 54)

19.3.5 Fall Dano EuGH NJW 2015, 145[29]

Die rumänische Staatsbürgerin Dano und ihr (in Deutschland geborener) Sohn leben seit vier Jahren in Leipzig in der Wohnung einer Schwester von Frau Dano, die sie mit Naturalien versorgt. Frau Dano hat keinen erlernten oder angelernten Beruf und war bislang weder in Deutschland noch in Rumänien erwerbstätig. Sie besuchte in Rumänien drei Jahre lang die Schule, besitzt aber keinen Schulabschluss. Frau Dano versteht gesprochenes Deutsch und kann sich in dieser Sprache einfach ausdrücken. Sie kann hingegen in Deutsch nicht schreiben und ist zum Leseverständnis deutscher Texte nur eingeschränkt in der Lage. Frau Dano ist offenbar nicht nach Deutschland eingereist, um Arbeit zu suchen und bemüht sich offenbar nicht darum, eine Beschäftigung in diesem Land zu finden. Frau Dano bezieht für ihren Sohn Kindergeld in Höhe von 184,00 €, das von der Familienkasse Leipzig ausgezahlt wird. Außerdem zahlt das Jugendamt Leipzig für das Kind, dessen Vater unbekannt ist, einen Unterhaltsvorschuss in Höhe von monatlich 133,00 €. Ihren Antrag auf Gewährung von Leistungen der Grundsicherung lehnt das JobCenter Leipzig mit dem Hinweis ab, dass sie nicht dem deutschen Arbeitsmarkt zur Verfügung stehe und allein mit dem Ziel nach Deutschland gekommen ist, in den Genuss von Leistungen der Grundsicherung nach dem SGB II zu gelangen. Auf die von Frau Dano gegen den Ablehnungsbescheid erhobene Klage hat das Sozialgericht Leipzig den Rechtsstreit ausgesetzt und dem EuGH u. a. die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob es mit Art. 18 AEUV vereinbar sei, zur Vermeidung einer unangemessenen Inanspruchnahme von Leistungen der Grundsicherung bedürftige Unionsbürger vom Bezug derartiger Leistungen ganz oder teilweise auszuschließen, die eigenen Staatsbürgern in gleicher Lage gewährt werden.

[29] siehe auch NVwZ 2014, 1648; NJ 2014, 517; NZS 2015, 20.

Der EuGH führt aus, dass Mitgliedsstaaten berechtigt seien, nicht erwerbstätige Unionsbürger, die sich allein mit dem Ziel, in den Genuss von Sozialleistungen zu kommen, in einen anderen Mitgliedsstaat begeben, von bestimmten Sozialleistungen auszuschließen. Eine Gleichbehandlung mit den Bürgern des Mitgliedsstaates könne von einem EU-Ausländer nur dann verlangt werden, wenn die Voraussetzungen von Art. 24 der Unionsbürger-Richtlinie 2004/38/EG erfüllt seien. Gleiches gelte für den Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 4 der VO (EG) Nr. 883/2004. Voraussetzung sei daher entweder, dass es sich bei dem Anspruchsteller um einen Arbeitnehmer oder um eine Person während der ersten drei Monate des Aufenthaltes im Bundesgebiet handele. Im Übrigen sei der Aufnahmemitgliedsstaat nicht verpflichtet, anderen Personen – es sei denn, sie halten sich fünf Jahre ununterbrochen rechtmäßig im Aufnahmemitgliedsstaat auf – einen Anspruch auf Sozialhilfe zu gewähren.

Die wichtigsten Leitsätze

1. Art. 20 Abs. 1 AEUV verleiht jeder Person, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt, den Status eines Unionsbürgers. Der Unionsbürgerstatus ist dazu bestimmt, der grundlegende Status der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten zu sein, der es denjenigen unter ihnen, die sich in der gleichen Situation befinden, erlaubt, im sachlichen Anwendungsbereich des AEU-Vertrags unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit und unbeschadet der insoweit ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen die gleiche rechtliche Behandlung zu genießen. (Rn. 57, 58)
2. Jeder Unionsbürger kann sich daher in allen Situationen, die in den sachlichen Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen, auf das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit in Art. 18 AEUV berufen. Zu diesen Situationen gehören diejenigen, die die Ausübung der durch Art. 20 Abs. 2 Unterabs. 1 Buchst. a AEUV und Art. 21 AEUV verliehenen Freiheit betreffen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu bewegen und aufzuhalten. (Rn. 59)
3. Dabei wird das in Art. 18 AEUV in allgemeiner Weise niedergelegte Diskriminierungsverbot in Art. 24 der Richtlinie 2004/38 für Unionsbürger konkretisiert, die wie die Kläger des Ausgangsverfahrens von ihrer Freiheit Gebrauch machen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu bewegen und aufzuhalten.
4. Dies vorausgeschickt ist festzustellen, dass Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38 sowie Art. 4 der VO (EG) Nr. 883/2004 das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit aufgreift, während Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie eine Ausnahme vom Diskriminierungsverbot enthält. Nach dieser Bestimmung ist der Aufnahmemitgliedstaat nicht verpflichtet, anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbständigen, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihren Familienangehörigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts oder gegebenenfalls während des über diesen Zeitraum hinausgehenden längeren Zeitraums der Arbeitsuche nach Art. 14 Abs. 4 Buchst. b der Richtlinie 2004/38 einen Anspruch auf Sozialhilfe oder

vor Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt Studienbeihilfen zu gewähren. (Rn. 64, 65)

5. Nach Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38 genießt jeder Unionsbürger, der sich aufgrund dieser Richtlinie im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhält, im Anwendungsbereich des Vertrags die gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats. Daraus folgt, dass ein Unionsbürger eine Gleichbehandlung mit den Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaats hinsichtlich des Zugangs zu Sozialleistungen wie den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nur verlangen kann, wenn sein Aufenthalt im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats die Voraussetzungen der Richtlinie 2004/38 erfüllt. (Rn. 68, 69)
6. Dabei beschränkt erstens Art. 6 der Richtlinie 2004/38 für Aufenthalte bis zu drei Monaten die für das Aufenthaltsrecht geltenden Bedingungen oder Formalitäten auf das Erfordernis des Besitzes eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses, und nach Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie besteht dieses Recht für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen fort, solange sie die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats nicht unangemessen in Anspruch nehmen. Nach Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 ist der Aufnahmemitgliedstaat somit nicht verpflichtet, einem Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats oder seinen Familienangehörigen während des genannten Zeitraums einen Anspruch auf eine Sozialleistung einzuräumen. (Rn. 70)
7. Zweitens ist bei einem Aufenthalt von mehr als drei Monaten die Ausübung des Aufenthaltsrechts von den in Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38 genannten Voraussetzungen abhängig, d. h. es muss sich um einen Arbeitnehmer oder Selbständigen oder um eine Person handeln, die für sich und ihre Familienangehörigen über ausreichende Finanzmittel verfügt. Wie sich insbesondere aus dem 10. Erwägungsgrund der Richtlinie ergibt, soll damit u. a. verhindert werden, dass diese Personen die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats unangemessen in Anspruch nehmen. (Rn. 71)
8. Drittens geht aus Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38 hervor, dass jeder Unionsbürger, der sich rechtmäßig fünf Jahre lang ununterbrochen im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten hat, das Recht hat, sich dort auf Dauer aufzuhalten, und dass dieses Recht nicht an die vorgenannten Voraussetzungen geknüpft ist. Wie im 18. Erwägungsgrund der Richtlinie ausgeführt wird, sollte das einmal erlangte Recht auf Daueraufenthalt, um ein wirksames Instrument für die Integration in die Gesellschaft dieses Staates darzustellen, keinen Bedingungen unterworfen werden. (Rn. 72)
9. Die Beantwortung der Frage, ob nicht erwerbstätige Unionsbürger, die sich länger als drei Monate aber weniger als fünf Jahre im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten haben, hinsichtlich des Anspruchs auf Sozialleistungen eine Gleichbehandlung mit den Angehörigen des Aufnahmemitgliedstaats verlangen können, ist demnach zu prüfen, ob der Aufenthalt dieser Unionsbürger die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/38 erfüllt. Zu diesen Voraussetzungen gehört, dass der nicht erwerbstätige Unionsbürger für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt. (Rn. 73)

10. Ließe man zu, dass Personen, denen kein Aufenthaltsrecht nach der Richtlinie 2004/38 zusteht, unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländer Sozialleistungen beanspruchen könnten, liefe dies dem in ihrem zehnten Erwägungsgrund genannten Ziel zuwider, eine unangemessene Inanspruchnahme der Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats durch Unionsbürger, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten sind, zu verhindern. (Rn. 74)
11. Überdies unterscheidet die Richtlinie 2004/38 hinsichtlich der Voraussetzung, über ausreichende Existenzmittel zu verfügen, zwischen erwerbstätigen und nicht erwerbstätigen Personen. Der erstgenannten Gruppe von Unionsbürgern, die sich im Aufnahmemitgliedstaat befinden, steht nach Art. 7 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2004/38 das Aufenthaltsrecht zu, ohne dass sie weitere Voraussetzungen erfüllen muss. Dagegen wird in Art. 7 Abs. 1 Buchst. b dieser Richtlinie von nicht erwerbstätigen Personen verlangt, dass sie über ausreichende eigene Existenzmittel verfügen. (Rn. 75)
12. Somit ist festzustellen, dass Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/38 nicht erwerbstätige Unionsbürger daran hindern soll, das System der sozialen Sicherheit des Aufnahmemitgliedstaats zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts in Anspruch zu nehmen. Ein Mitgliedstaat muss daher gemäß Art. 7 der Richtlinie 2004/38 die Möglichkeit haben, nicht erwerbstätigen Unionsbürgern, die von ihrer Freizügigkeit allein mit dem Ziel Gebrauch machen, in den Genuss der Sozialhilfe eines anderen Mitgliedstaats zu kommen, obwohl sie nicht über ausreichende Existenzmittel für die Beanspruchung eines Aufenthaltsrechts verfügen, Sozialleistungen zu versagen. (Rn. 76, 78)
13. Das gleiche gilt hinsichtlich des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach Art. 4 der VO (EG) Nr. 883/2004. Sozialhilfeleistungen als beitragsunabhängige Geldleistungen im Sinne von Art. 70 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 883/2004 werden nach Art. 70 Abs. 4 ausschließlich in dem Mitgliedsstaat, in dem die betreffende Personen wohnen, und nach dessen Rechtsvorschriften gewährt. Daher spricht nichts dagegen, die Gewährung solcher Leistungen an nicht erwerbstätige Unionsbürger von dem Aufenthaltserfordernis nach Richtlinie 2004/38/EG, also den ersten drei Monaten oder nach ununterbrochenem rechtmäßigen Aufenthalt von fünf Jahren, abhängig zu machen. (Rn. 83)

19.4 Auswirkung auf die deutsche Rechtsordnung und die arbeits- und sozialrechtliche Praxis

Sozialversicherungsansprüche, die bereits nach nationalem Recht bestehen, dürfen durch Unionsrecht nicht beschnitten bzw. eingeschränkt werden. Dies ist kurz zusammengefasst der wesentliche Inhalt der Petroni-Entscheidung. Dem Kläger Petroni stand allein auf Grund seiner 17-jährigen Tätigkeit als Bergarbeiter in Belgien eine Jahresrente von 34 358 bfrs zu, die erst aufgrund von Bestimmungen des

Gemeinschaftsrechts in Anbetracht von italienischen Versicherungszeiten gekürzt wurde. Dies ist mit den Grundsätzen des europäischen Sozialrechts nach Art. 48 AEUV unvereinbar.

19.4.1 Das sozialversicherungsrechtliche Günstigkeitsprinzip

Aus der Entscheidung wurde das sozialversicherungsrechtliche Petroni-Prinzip entwickelt, wonach Gemeinschaftsrecht Ansprüche, die das nationale Recht einräumt, nicht beschneiden darf. [30]Im Zusammenhang mit dem Petroni-Urteil wird auch von einem Günstigkeitsprinzip gesprochen. Dies ist insoweit konsequent als die Vorschriften des nationalen Rechts als auch des Gemeinschaftsrechts so auszulegen sind, dass sie die Inanspruchnahme der Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts in größtmöglichen Umfang begünstigen. Insoweit wäre es nicht vertretbar gewesen, wenn Petroni nur wegen seiner zusätzlichen siebenjährigen beruflichen Tätigkeit in Italien eine geringere Rente nach belgischen Recht erhalten würde, als wenn er in Italien gar nicht gearbeitet hätte. Der Kläger Petroni ist leider nicht mehr in den Genuss des von ihm erstrittenen Urteils gekommen, da er vor der EuGH-Entscheidung verstarb, so dass sich die Entscheidung nur für seine Hinterbliebenen positiv auswirkte.

Zu beachten ist aber, dass sich die günstigen Auswirkungen des Petroni-Prinzips nur im Falle der Kumulierung von Leistungen auf Grund von Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedsstaaten ergeben. Die Petroni-Entscheidung betrifft dagegen nicht die Regeln für anwendbare Rechtsvorschriften. Sofern die Kollisionsnormen der VO (EG) 883/2004 zu einer für den Betroffenen ungünstigeren Rechtsfolge führen, sei dies mit dem Unionsrecht vereinbar.[31] In Folge der Petroni-Entscheidung bestimmt nunmehr die VO (EG) 883/2004, dass in einem anderen Mitgliedsstaat erworbene Leistungen und Einkünfte nur dann berücksichtigt werden dürfen, wenn die für den zuständigen Träger geltenden nationalen Rechtsvorschriften die Berücksichtigung vom im Ausland erworbenen Leistungen oder erzielten Einkünfte vorsehen, Art. 52 Abs. 1 a VO (EG) 883/2004. Damit können auch anteilige Rentenleistungen aus anderen Mitgliedsstaaten nur dann angerechnet werden, wenn dies im nationalen Recht ausdrücklich vorgesehen ist.[32]

[30] vgl. hierzu Bokeloh, ZESAR 2012, 121, 122; ferner Eichenhofer, Sozialrecht der europäischen Union, 4. Auflage, Rn. 117.

[31] so ten Holder EuGH Slg. 1986, I-1821 zu dem fehlenden Anspruch auf Leistungen aus der niederländischen Arbeitsunfähigkeitsversicherung, wenn der letzte Beschäftigungsstaat Deutschland war; Luijten EuGH Slg. 1986, I-2365 zu dem fehlenden Anspruch auf Familienbeihilfe nach niederländischem Recht, wenn lediglich in Belgien eine selbstständige Tätigkeit ausgeübt wird; sowie Bossmann EuGH vom 20. Mai 2008, RSC-352,06 zur Frage eines Kindergeldanspruchs in Deutschland, wenn die Anspruchstellerin in den Niederlanden arbeitet.

[32] vgl. Bokeloh, ZESAR, 2012, 126.

19.4.2 Keine geringere Beweiskraft von Dokumenten aus EU-Mitgliedsstaaten

Die Entscheidungen Paletta II und Dafeki zeigen, dass das sowohl die Dienstleistungsfreiheit als auch das Recht der Freizügigkeit kollisionsrechtliche und prozessuale Auswirkungen haben können.[33] Dies gilt insbesondere für Fragen der Darlegungs- und Beweislast in arbeitsgerichtlichen oder sozialgerichtlichen Verfahren. So können die Anzeige- und Nachweispflichten nach § 5 EntgeltfortzahlungsG auch durch Bescheinigungen von Ärzten aus anderen Mitgliedsstaaten erbracht werden. Solchen Bescheinigungen kommt keine geringere Beweiskraft zu als die von deutschen Ärzten. Will der Arbeitgeber die Unrichtigkeit solcher ärztlichen Bescheinigungen geltend machen, trifft ihn hierfür die uneingeschränkte Beweislast. Es gibt keine Beweiserleichterung hinsichtlich eines Attestes von Ärzten aus anderen Mitgliedsstaaten.[34] Am Rande sei angemerkt, dass es im Fall Paletta II dem Arbeitgeber letztlich nach der Entscheidung des EuGH doch noch gelungen ist, die Unrichtigkeit der Bescheinigungen zu beweisen.[35] In der Paletta II-Entscheidung hat der EuGH darauf hingewiesen, dass trotz der grundsätzlichen Bindung an das Attest dem Arbeitgeber der Beweis des Rechtsmissbrauchs nicht abgeschnitten sei. Dies gilt im Übrigen auch bei Attesten von deutschen Ärzten, wenn der Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit bezweifelt.[36] In einem solchen Fall hat der Arbeitgeber aber zu beweisen, dass der die Bescheinigung ausstellende Arzt durch Simulation getäuscht wurde oder er den Begriff der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit verkannt oder sich mit dieser Frage gar nicht auseinandergesetzt hat.[37] Im Rahmen der erneuten Verhandlung des Paletta-Falls vor dem LAG Baden-Württemberg wies das Gericht auf die massiven und sich überschneidenden Arbeitsunfähigkeitszeiten der vier Familienmitglieder und die Vermutung des Gerichts hin, dass diese nicht richtig sein konnten. Dem Arbeitnehmer könne jedoch nicht der Gegenbeweis abgeschnitten werden, dass er tatsächlich erkrankt war. Aus diesem Grund beschloss das LAG gegenbeweislich, die italienischen Ärzte als Zeugen zu vernehmen. Da einer der Ärzte zwischenzeitlich verstorben war und ein anderer sich nicht erinnern konnte, wurde schließlich die Klage abgewiesen.[38] Im Fall Dafeki hat der EuGH die Verpflichtung zur Anerkennung der Personenstandsurkunden aus Griechenland im Grunde allein aus dem Freizügigkeitsrecht hergeleitet.

Im Fall FTS ging es vordergründig auch um die Rechtsnatur der sog. E-101-Bescheinigung, mit der in Entsendefällen der Niederlassungsstaat bestätigt, dass seine

[33] vgl. Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 2 Rn. 78.

[34] vgl. Thüsing a. a. O.; Bauer/Diller NZA 2000, S. 711; Fuchs NZA 2005, Beilage 2, 97; ferner LAG BW NZA-RR 2000, S. 414.

[35] vgl. Paletta I EuGH Slg. 1992, I-3423; ferner LAG BW NZA-RR 2000, 514; Bauer/Diller NZA 2000, 711.

[36] vgl. BAG NZA 1993, 23; BAG NZA 1996, 1030; Lepke, Kündigung bei Krankheiten, 10. Auflage, Rn. 365.

[37] vgl. BAG a. a. O.; Lepke a. a. O.

[38] vgl. Bauer/Diller a. a. O.; Thüsing a. a. O. Rn. 78; LAG BW a. a. O.

Sozialversicherungspflicht für weitere 12 Monate bestehe. Vergleichbar wie in den Entscheidungen Paletta II und Dafeki sind auch die Behörden des Tätigkeitsstaates hieran gebunden, sofern es ihnen nicht gelingt einen Missbrauch zu beweisen. Die eigentliche Relevanz des Falles bestand aber in der Frage, wie stark die Bindung des entsendenden Unternehmens an den Niederlassungsstaat bzw. den Mitgliedsstaat der Betriebsstätte sein muss, insbesondere wenn es sich bei dem Arbeitgeber um ein Leiharbeitsunternehmen handelt.

Grundsätzlich geht man in Entsendungsfällen davon aus, dass zwischen dem Unternehmen und dem Arbeitnehmer während dessen Entsendung weiterhin eine arbeitsvertragliche Bindung besteht und dieses Unternehmen seine Geschäftstätigkeit gewöhnlich im Niederlassungsstaat ausübt. Nur unter diesen Voraussetzungen soll sich das entsendende Unternehmen auf die Privilegierungsvorschrift von Art. 12 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 – also die weitere Anwendung des heimischen Sozialversicherungsrechts nunmehr für 24 Monate – berufen können. Im Fall des Leiharbeitsunternehmens FTS ging es daher um die Frage, ob hierfür das Unternehmen im Niederlassungsstaat tatsächlich tätig sein muss oder ob etwa auch eine Briefkastenfirma ausreichend sei.[39] Im Hintergrund stand der Verdacht, dass bestimmte unionsweit operierende Leiharbeitsfirmen sich den Mitgliedsstaat mit dem für den Arbeitgeber günstigsten Sozialversicherungssystem aussuchen würden, um von hier aus Arbeitnehmerüberlassungen durchzuführen, die mit einer Entsendung ins EU-Ausland verbunden sind.

Der EuGH wies zu Recht darauf hin, dass zumindest eine nennenswerte Geschäftstätigkeit ausgeübt werden müsse, damit sich das Unternehmen auf die Dienstleistungsfreiheit berufen könne. Sofern dies der Fall sei, sei es für das Unternehmen ausreichend, sich im Entsendungsfall auf Urkunden und Unterlagen, die er bereits im Niederlassungsstaat erbracht hat, zu berufen.[40] Bloße Briefkastenfirmen dürften daher für die Inanspruchnahme des dargestellten Sozialversicherungs-privileges nicht ausreichen. Die fehlende Bindung an den Niederlassungsstaat nachzuweisen, ist allerdings Sache der Sozialversicherungsbehörden des Tätigkeitsstaates, die die Anwendung ihres Systems der sozialen Sicherheit geltend machen.

Abschließend sei wie schon angedeutet darauf hingewiesen, dass der Privilegierungszeitraum für die Anwendung der sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften aus dem Niederlassungsstaat mittlerweile nach Art. 12 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 auf 24 Monate verlängert wurde. Im deutschen Sozialrecht sind Regelungen über die Ausstrahlungs- bzw. Einstrahlungswirkungen im Zusammenhang mit der Entsendung von Arbeitnehmern in den §§ 4, 5 SGB IV enthalten. Durch die Privilegierungsregelungen von Art. 12 Abs. 1 kann es daher dazu kommen, dass ein entsandter Arbeitnehmer sozialversicherungsrechtlich dem Heimatstaat zugeordnet ist, während er arbeitsrechtlich aufgrund der Regelung von Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 96/71/EG (Arbeitnehmerentsende-Richtlinie) dem Recht des Tätigkeitsstaa-

[39] vgl. Fuchs a. a. O., S. 100; ferner Kolmhuber in Nägele, EG-Arbeitsrecht in der deutschen Praxis, S. 65.

[40] vgl. Fuchs a. a. O., S. 100; ferner Kolmhuber a. a. O., S. 65, 66.

tes, z. B. hinsichtlich des Mindestlohns und des Mindesturlaubs, unterworfen ist.[41] EU-Unternehmen haben daher für ihre ins EU-Ausland entsandten Arbeitnehmer hinsichtlich des Arbeitsrechts die Regelungen des Tätigkeitsstaates und hinsichtlich des Sozialversicherungsrechts innerhalb der ersten 24 Monate die sozialversicherungs-rechtlichen Regelungen ihres Niederlassungsstaates zur Anwendung zu bringen.

19.4.3 Grenzen eines EU-weiten Anspruchs auf Sozialhilfe

Schließlich stellt sich auch im Zusammenhang mit den Systemen der sozialen Sicherheit die rechtspolitisch brisante Frage des Anspruchs auf Sozialhilfe von Unionsbürgern.[42] Aus der Dano-Entscheidung wird deutlich, dass zunächst zwischen dem Anspruch von Arbeitnehmern einerseits und von nicht erwerbstätigen Unionsbürgern andererseits zu unterscheiden ist. Wie bereits in dem Kapitel über Freizügigkeit erörtert, ist bei arbeitslosen Arbeitnehmern eine nachweisbare Bindung an den jeweiligen Arbeitsmarkt des anspruchsverpflichtenden Mitgliedsstaates Voraussetzung für den Bezug von Sozialhilfe.[43] Hinsichtlich der Einzelheiten des Anspruchs von arbeitslosen Arbeitnehmern kann auf den Fall Vatsouras/Koupatantze[44] (siehe Kap. 4) verwiesen werden.

Sofern es wie im Fall Dano an einer Arbeitnehmereigenschaft fehlt, hängt der Anspruch von Unionsbürgern vom jeweiligen Aufenthaltsrecht ab. Nach §§ 7 Abs. 3 c, 24 RL 2004/38 (Unionsbürger-Richtlinie) können andere Personen als Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen von Sozialhilfeleistungen ausgenommen werden.[45] Wie der EuGH ausführt, sollen mit den vorgenannten Regelungen nicht erwerbstätige Unionsbürger daran gehindert werden, das System der sozialen Sicherheit des Aufnahmemitgliedsstaates zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes in Anspruch zu nehmen.[46] Aus diesem Grund sehen Art. 70 Abs. 3 u. 4 der VO (EG) Nr. 883/2004 auch vor, dass beitragsunabhängige Geldleistungen, wie eben Sozialhilfeleistungen, ausschließlich in dem Mitgliedsstaat, in dem die betreffenden Personen wohnen, und nur nach dessen Rechtsvorschriften gewährt werden.

Den deutschen Regelungen in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II und § 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII kann der Grundsatz entnommen werden, dass EU-Ausländer, die nach Deutschland einreisen, allein um Sozialhilfe zu erlangen, nicht anspruchsberechtigt sind. Ansprüche auf Sozialhilfe kommen daher im Zusammenhang mit dem Aufent-

[41] vgl. Kowanz in Nägele, EG-Arbeitsrecht in der deutschen Praxis, S. 347; Krimphove, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, Rn. 485.

[42] vgl. hierzu Greiser ZESAR 2014, 18; Sokolowski ZESAR 2011, 373; Fuchs NZA 2005, Beilage 2, S. 97.

[43] vgl. hierzu Greiser a. a. O.; Sokolowski a. a. O.; Fuchs a. a. O.; ferner Vatsouras und Koupatantze EuGH Slg. 2009, I-4585.

[44] vgl. Vatsouras/Koupatantze EuGH Slg. 2009, I-4585.

[45] vgl. Greiser ZESAR 2014, 18; Frenz ZESAR 2011, 307.

[46] vgl. Dano EuGH NJW 2015, 145 (Rn. 76/78).

haltsrecht von Unionsbürgern allenfalls für die ersten drei Monate des Aufenthaltes oder dann in Betracht, wenn sich die betreffende Person ununterbrochen rechtmäßig fünf Jahre lang im Aufnahmemitgliedsstaat aufgehalten und damit nach Art. 16 der Richtlinie 2004/38/EG das Recht auf Daueraufenthalt erworben hat. Da es sich bei diesen Problemen aber um vorrangig sozialrechtliche Fragestellungen handelt, soll hierauf nicht weiter eingegangen werden.

Literatur

Bachner in Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, Kommentar zum BetrVG, 14. Auflage, 2014
Barnard, EU-Employment-Law, 4. Auflage, 2012
Barnard/Peers European Union Law, 2013
Blanpain, European Labour Law 14th ed. 2014
Borchardt, Schriftenreihe der Europäischen Richterakademie Trier, Band 9
Calliess/Ruffert, EUV/AEUV 4. Auflage, 2011
Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, Kommentar zum BetrVG, 14. Auflage, 2014
Eichenhofer, Sozialrecht der europäischen Union, 4. Auflage, 2010
Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier, Kommentar zum BetrVG, 27. Auflage, 2014
Frenz, Europarecht, 2011
Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, 2014
Gallner in Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar, 15. Auflage, 2015
Grau/Hartmann in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015
Grünberger in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015
Hailbronner/Jochum Europarecht II, 2006
Herdegen, Europarecht, 16. Auflage, 2014
Hergenröder in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 2004
Heuschmid/Schierle in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht 2015
Hinrichs, Kündigungsschutz und Arbeitnehmerbeteiligung bei Massenentlassungen, 2001
Hobe, Europarecht, 8. Auflage, 2014
Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 12. Auflage, 2012
Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler, AEntG, 3. Auflage, 2011
Kolmhuber in Nägele, EG-Arbeitsrecht in der deutschen Praxis, 2007
Kowanz in Nägele, EG-Arbeitsrecht in der deutschen Praxis, 2007
Kraushaar in Nägele, EG-Arbeitsrecht in der deutschen Praxis, 2007
Krimphove, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, 2001
Lepke, Kündigung bei Krankheiten, 10. Auflage, 2000
Lorz, Fallrepetitorium Europarecht, 2006
Martiny in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage, 1998
Müller-Bonanni/Jenner in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015
Naber/Sittard in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015
Pötters in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015
Preis in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015
Randelshofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Band I, 54. Auflage, 2014
Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, 2009

P. Hantel, *Europäisches Arbeitsrecht,* Springer-Lehrbuch,
DOI 10.1007/978-3-662-46894-4

Roloff in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015
Sagan in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015
Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, 2007
Schlachter, Casebook Europäisches Arbeitsrecht, 2005
Schliemann/Meyer, Arbeitszeitrecht, 2. Auflage, 2002
Schmidt, Arbeitsrecht der Europäischen Gemeinschaft, 2001
Schuler, Das internationale Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1988
Schütz/Bruha/König Casebook Europarecht, 2004
Sodan, GG, 2. Auflage, 2011
Spelge in Groeger, Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, 2. Auflage, 2014
Stein/Frank, Staatsrecht, 21. Auflage, 2010
Steindorf/Regh, Arbeitsrecht in der Insolvenz, 2002
Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, 2011
Trümner in Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, Kommentar zum BetrVG, 14. Auflage, 2014
Ulber in Preis/Sagan Europäisches Arbeitsrecht, 2015
v. Maydel, Sach- und Kollisionsnormen im internationalen Sozialversicherungsrecht, 1967
v. Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 5. Auflage, 2000
Wendeling-Schröder/Stein, Kommentar zum AGG, 2008
Wißmann in Festschrift für Schaub, 1998
Wlotzke/Preis/Kreft, Kommentar zum BetrVG, 4. Auflage, 2009,

Sachverzeichnis

P. Hantel, *Europäisches Arbeitsrecht,* Springer-Lehrbuch,
DOI 10.1007/978-3-662-46894-4